

UNIVERSITE DE LYON. — FACULTE DE DROIT

DE LA
CONDITION CIVILE
DE LA FEMME
DANS LE DROIT MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 20 Janvier 1900, à 2 heures du soir

PAR

M. Joseph RIVE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE ET FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA

CONDITION CIVILE

DE LA FEMME

DANS LE DROIT MODERNE

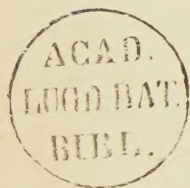
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 20 Janvier 1900, à 2 heures du soir

PAR

M. Joseph RIVE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
AVOCAT A LA COUR D'APPEL



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE ET FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

1900

UNIVERSITE DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

- CAILLEMER, O. ✱, I. ☉, doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.
MABIRE, ✱, I. ☉, professeur honoraire.
THALLER, I. ☉, professeur honoraire.
GARRAUD, I. ☉, professeur de Droit criminel.
APPLETON (Charles), I, ☉, professeur de Droit romain.
FLURER, I. ☉, professeur de Droit civil.
ROUGIER, I. ☉, professeur d'Economie politique.
AUDIBERT, I. ☉, professeur honoraire.
COHENDY, ✱, I. ☉, professeur de Droit commercial.
PIC, P. ☉, professeur de Droit international public.
BARTIN, I. ☉, professeur de Droit civil.
SOUCHON, A. ☉, professeur d'Histoire des Doctrines économiques.
APPLETON (Jean), professeur de Droit administratif.
LAMBERT, agrégé, chargé des cours d'Histoire du Droit.
BOUVIER, agrégé, chargé des cours de Science et de Législation financières.
LAMEIRE, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit public.
JOSSEMAND, agrégé, chargé du Cours de Procédure civile.
BROUILHET, agrégé, chargé du cours de Doctrines économiques.
HUVELIN, agrégé, chargé du cours de Droit romain.
BECQ, A. ☉, secrétaire.
-

JURY DE LA THÈSE

- MM. FLURER, professeur, *président* ;
CAILLEMER, professeur ;
LAMBERT, agrégé.

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE ET DE MA MÈRE

DE LA

CONDITION CIVILE DE LA FEMME

DANS LE DROIT MODERNE

INTRODUCTION

« Comment définissez-vous la femme ?

« Un animal naturellement faible et malade.

« Je conviens qu'elles sont l'un et l'autre, mais je suis persuadé que c'est un effet de l'éducation, du système de nos mœurs et point du tout de la nature. »

Diderot (1) écrivait ces lignes dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. C'est à cette époque que se dessine et s'accuse le mouvement féministe, conclusion logique du mouvement égalitaire d'alors et de la théorie individualiste, qui devaient s'affirmer si brutalement quelques années plus tard. Condorcet, Cambacérès élèvent la voix en faveur des droits et de l'émancipation de la femme. D'autres philosophes (2) combattent ces idées nouvelles et

(1) Diderot, *Opuscule philosophique et littéraire*.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, l. XVI, chap. II.

J. J. Rousseau (1) notamment écrit : « La femme est faite spécialement pour plaire à l'homme. Si l'homme doit lui plaire à son tour, c'est d'une manière moins directe ; son mérite est dans sa puissance ; il plaît par cela seul qu'il est fort ». C'est la doctrine de la relativité de la femme.

Mais ces discussions sont, si je puis m'exprimer ainsi, plutôt spéculatives. Seuls les philosophes et une petite élite intellectuelle y prennent part, s'y intéressent. La masse y reste indifférente.

Les femmes du XVIII^e siècle ne se soucient guère des droits nouveaux qu'on réclame pour elles ; elles se contentent de l'influence qu'elles exercent par leurs salons et de leur royauté de fait, rendue plus souveraine encore en ce siècle d'élégance voluptueuse et de culte pour la chair, par la licence et la corruption des mœurs.

Quelques femmes, sans doute, sous la Révolution, s'emparent de ces idées d'émancipation de la femme, espérant les faire triompher. Olympe de Gouges fonde, sous la Révolution, des clubs de femmes et réclame pour elles « le droit de monter à la tribune puisqu'elles ont celui de monter à l'échafaud ». Rose Lacombe, Théroigne de Méricourt et d'autres encore, fondent le club des femmes révolutionnaires, envahissent la tribune de l'Assemblée et essayent, par l'héroïsme de leur courage ou l'audace de leurs crimes, de lutter pour l'émancipation de la femme. Mais leurs efforts, qui tendaient à l'émancipation plutôt

(1) Emile, I. V.

politique que civile de la femme, restent isolés et sans succès.

Nous arrivons en 1804. Le Code civil est promulgué. Il proclame, tout en y apportant des exceptions si nombreuses qu'elles absorbent presque la règle, l'égalité civile de l'homme et de la femme. Il consacre le principe de l'autorité maritale, mais en le basant, pour partie du moins, sur l'idée inexacte de l'infériorité de la femme, sous l'influence fâcheuse des idées romaines et des temps barbares, où la faiblesse intellectuelle et morale semblait inévitablement liée à la faiblesse corporelle.

Peu de temps après la promulgation du Code civil, le féminisme apparaît comme corps de doctrine constitué, qui comprend non plus seulement des philosophes, comme au siècle dernier, mais des publicistes, des journalistes, des jurisconsultes et des partisans dans le Parlement. Les Saint-Simoniens et les Fourriéristes déplorent la situation faite à la femme et imaginent toute une organisation nouvelle pour y remédier. Proudhon écrit quelque part : « Ménagère ou courtisane, tel est le rôle que la loi fait à la femme ». Stuart Mill, dans sa brochure retentissante « l'Assujettissement des Femmes » s'écrie : « l'heure de la femme a sonné » et parvient à faire sanctionner en Angleterre la complète indépendance de la femme. Des professeurs de droit, des publicistes — et non des moins considérables — se font les champions de cette indépendance dans leurs cours ou les revues et font le procès du Code civil, qui, pour eux, est l'image en minia-

ture de cette société de fer de 1804, où tous les droits, tous les privilèges se réunissaient et s'incarnaient en un seul. La littérature et le théâtre se sont emparés de ces nouvelles questions ; ils ont transporté sur la scène les problèmes juridiques relatifs à la femme et ont voulu en imposer la solution au législateur (1). En résumé, le féminisme a grandi de jour en jour pour arriver à ce qu'il est actuellement, un immense mouvement de tous les pays, qui a ses journaux (2), ses revues, ses congrès (3), ses romanciers, ses dramaturges et qui, dans certaines législations, est arrivé à imposer la presque totalité de ses revendications.

Il n'y a là rien qui doive nous surprendre. On l'a souvent dit — et l'idée est exacte — le féminisme est né « de ces aspirations généreuses, de ces besoins de réforme, de ces rêves de justice épars dans la société contemporaine, qui ont fait, en partie, du moins, le socialisme (4) ».

Ces « besoins de réforme », ces « rêves de justice » ne sont-ils que de dangereuses utopies ? Y a-t-il, au contraire,

(1) Théâtre d'Alex. Dumas.

Ibsen : « L'Amour ». — « Le canard sauvage ». — « La maison de Poupée » : « J'ai été poupée-femme chez toi, dit Nora à son mari, comme j'ai été poupée-enfant chez papa ». Acte III.

(2) A Paris, « l'Avant-courrière », dirigée par M^{me} Schmall. « La Fronde », dirigée par M^{me} Durand, administrée, rédigée, composée par des femmes.

(3) Depuis 1878, il y a eu quatre congrès féministes à Paris ; le dernier a eu lieu en 1896, sous la présidence de M^{me} Pognan. Les plus récents ont eu lieu à Genève, Bruxelles, Chicago et Berlin.

(4) Léroille, *Capacité de la femme mariée*, p. 28.

des réformes à faire dans nos lois ? Si oui, sont-ce des réformes simplement partielles ou faut-il, à l'exemple de certaines législations étrangères — en progrès ou rétrogrades ? — par un bouleversement complet de nos codes, accorder à la femme cette indépendance si longtemps attendue, si bruyamment réclamée ? c'est ce que nous allons rechercher.

Nous diviserons cet ouvrage en deux parties : dans la première, nous parlerons de la femme hors mariage, dans la seconde, nous examinerons la situation de la femme dans le mariage.

PREMIÈRE PARTIE

LA FEMME HORS MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

ÉGALITÉ CIVILE DE L'HOMME ET DE LA FEMME

Le Code civil, en 1804, a proclamé l'égalité civile de l'homme et de la femme. Ce n'était pas à proprement parler une innovation, mais plutôt un retour aux théories et aux principes juridiques du xiii^e siècle. Quelque étrange que puisse paraître cette affirmation, elle est la vérité même. Je m'explique et pour bien comprendre, il est indispensable de faire un rapide historique de la condition de la femme en France.

Sans doute, les premiers siècles de notre histoire furent, comme toutes les sociétés naissantes, au point de vue du droit de la femme, une époque barbare. Malgré l'influence du droit germanique, doux et tendre pour la femme, et pour lequel le *mundium* était moins un droit de propriété qu'une puissance protectrice, une

aide et un soutien, malgré les améliorations apportées par le christianisme, qui, en dépit d'affirmations contraires (1), a proclamé l'égalité morale de l'homme et de la femme, la rudesse de ces temps s'est imprimée fortement sur les conditions de la femme ; elles sont en tutelle perpétuelle, à cause de leur incapacité à porter les armes, dans un temps où la guerre privée est la seule sanction, l'unique garantie du droit.

Cependant peu à peu le droit germanique et le droit canonique se fondent, s'amalgament pour former, il est vrai, un mélange d'institutions un peu incohérentes, mais dont le caractère est un adoucissement de la tutelle des femmes, une amélioration dans leur condition. La tutelle n'appartient plus à la famille, mais à l'Etat ; les rois, à leur couronnement, les fonctionnaires jurent de protéger les faibles, c'est-à-dire les ministres de Dieu, les femmes et les enfants ; ils surveillent les tuteurs légitimes et, au besoin, les destituent.

En passant en d'autres mains, cette tutelle change de nature ; elle devient pour le tuteur une charge au lieu d'être un droit, pour la femme un privilège, une protection au lieu d'être un esclavage. La puissance

(1) Où est cette fameuse libération de la femme, apportée par le christianisme, dont la Vierge Marie fait cependant tous les frais ? Alex. Dumas.

M. Léopold Lacour, dans un livre récent, s'appuyant sur les anathèmes de la littérature sacrée contre les femmes, accusait la doctrine chrétienne d'avoir asservi la femme.

Lérolle, *op. cit.*, p. 4.

toujours croissante d'un gouvernement de plus en plus centralisé, qui eût assuré l'ordre public, fait régner la justice et le droit, base d'une société autrement solide que la force, auraient permis d'atteindre l'égalité de l'homme et de la femme, lorsque la mort de Charlemagne brisa son immense empire et l'émietta en d'innombrables petites seigneuries. C'est le régime féodal qui commence.

C'est un recul pour la civilisation, l'émancipation de la femme de plusieurs siècles en arrière. Il n'y a plus ce pouvoir central, qui maintenait difficilement, quoique sous une rude discipline, les seigneurs toujours en révolte ou en guerre, mais d'innombrables seigneuries, grandes ou petites, dont les propriétaires rappellent, au début du moins, plutôt les chefs barbares des invasions, que les chefs d'un pays, ayant déjà plusieurs siècles d'existence. C'est à nouveau le règne de la force, et du « poingt ». Le régime féodal est, en effet, à l'origine, exclusivement militaire.

Que devient la femme ? La tutelle qui appartenait au roi passe aux seigneurs, qui deviennent pour la femme les plus tyranniques des tyrans. Quand un fief tombe entre les mains d'une femme, le seigneur s'attribue, à la place du service militaire que la femme ne pouvait lui rendre, la jouissance de ses immeubles et la propriété de ses meubles. Quelquefois, le seigneur cédait cette jouissance à un chevalier, qui représentait la femme : c'est l'*advocatus*. Comme cette tutelle était très

profitable au tuteur, le seigneur la mettait aux enchères. Nous sommes revenus au trafic de la femme !

Et le seigneur avait sur la femme un droit bien plus exorbitant : celui de lui choisir et de lui imposer un mari. « De même que la jouissance de leurs biens, la main des héritières nobles devint une chose vénale qui, mise à l'encan par la rapacité des seigneurs, tombait souvent au pouvoir des plus indignes (1). » La veuve était obligée de se remarier jusqu'à l'âge de 60 ans, époque où cessait tout service de corps.

Cette tyrannie pesait sur la fille *vilaine* aussi bien que sur la fille noble, et avec cette odieuse aggravation qu'à défaut d'autres biens, elle devait acheter le consentement de son suzerain, au prix de son honneur. C'est le fameux droit du seigneur. On l'a contesté ; mais, malheureusement pour la dignité humaine, on n'a qu'à ouvrir les vieux recueils pour en constater l'existence dans tous les pays de régime féodal.

Ces abus et ces vexations de jour en jour plus grands, plus lourds, devaient fatalement amener la ruine de ces institutions. Le régime féodal, à l'origine, avait sa grandeur. Alors que l'ordre était si profondément troublé ou plutôt n'existait pas, on comprenait les prérogatives seigneuriales ; elles n'étaient que la contrepartie de la protection que les seigneurs accordaient à leurs vassaux. Du jour où tous les services de vasse-

(1) P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 396.

lage furent convertis en argent, on ne vit plus en eux que des vexations inutiles et iniques. Le pouvoir royal devient de plus en plus fort ; les guerres privées disparaissent peu à peu ; le droit canonique prêche le respect des faibles.

Dès lors la condition des femmes grandit et s'améliore. Les ordonnances royales fixent d'abord le tarif à percevoir par les seigneurs et finissent par abolir les droits de mariage, de tutelle et de jouissance des biens. La tutelle de la famille renaît, co-existe avec celle du seigneur et l'absorbe peu à peu.

Bientôt la femme n'a plus besoin d'un tuteur pour « porter son fief » ; elle rend la justice, bat monnaie, est tutrice des incapables, édicte des lois et jouit de la pleine capacité civile. Le droit féodal, dérogeant au droit commun, relève la femme noble ou feudataire de toutes les incapacités civiles et la chevalerie, atteignant l'apogée de sa floraison, ajoute à toutes ces prérogatives et à tous ces droits, cet amoureux respect, ce culte divin pour la femme qui lui donnent une si prestigieuse influence.

Mais si la fille majeure et la veuve sont pleinement capables, l'épouse demeure sous la puissance de son mari, puissance apparaissant exclusivement comme la solution juridique du devoir d'obéissance et non pas fondée sur une idée d'infériorité de la femme (Beaumanoir, chap. XXI, n° XLIII.)

Le droit coutumier présente le même spectacle. Le

mundium germanique, qui s'expliquait non par le mépris de la femme ou son infériorité morale, mais par sa faiblesse physique et la nécessité où elle était d'avoir un protecteur dans cette époque de trouble et de guerre incessante, disparaît. Comme le dit M. Gide (*op. cit.*, p. 408.) : « Son tuteur n'était qu'un champion, dès qu'elle n'eut plus besoin de champion, elle put se passer de tuteur. » La fille et la femme veuve de la bourgeoisie sont pleinement capables ; toutes les incapacités d'autrefois, celles du droit germanique comme celles des lois canoniques et romaines, disparaissent. Seule, la femme mariée est incapable.

Nous avons donc raison de dire, au début de ce chapitre, qu'en posant, dans l'art. 7 du Code civil, l'égalité civile de l'homme et de la femme, le législateur n'avait fait que revenir aux doctrines du ^{xiii}^e siècle. Mais depuis le ^{xiii}^e siècle jusqu'au Code civil, il se produisit une évolution qui modifia complètement la condition de la femme, évolution produite par l'influence du droit romain et du droit canonique, qui se fondant, se complétant l'un l'autre, firent à la femme la situation où elle se trouvait à la fin de l'Ancien Régime.

Quelle est cette évolution ? Au commencement du ^{xiv}^e siècle, le droit romain franchit les Alpes et s'implante en France ; l'Eglise l'accueille avec empressement, la royauté s'en empare et favorise l'étude de ces lois qui, « écrites sous les Césars, mettaient le monarque au-dessus des lois » ; de nombreuses écoles se fondent et

il est curieux de voir que cette législation si sage (1), si forte, si savante, si coordonnée, dont l'influence sur notre droit fut si heureuse à certains points de vue, amena une déchéance considérable dans la condition de la femme, résultat extraordinaire et qui peut surprendre à cette époque du gigantesque essor de civilisation, de ce grand mouvement littéraire et artistique qui s'appelle la Renaissance.

Les légistes avaient trouvé dans le droit romain le principe de l'infériorité de la femme et l'avaient transporté dans notre droit. Et l'incapacité romaine ne se rattachant plus, comme dans la législation germane, à sa faiblesse physique, à son impuissance à porter les armes, la femme était regardée comme moralement inférieure à l'homme.

C'est l'idée qui se dégage des livres de tous les légistes ou écrivains d'alors qui ont parlé de la femme. On se demande (2), avec Platon et Aristote, si la femme doit être classée parmi les animaux raisonnables ou au même rang que les bêtes dépourvues de raison. Ce qu'ils disent de la femme (3) dépasse tout ce que les (4)

(1) P. Gide, *op. cit.*, p. 410.

(2) Diatribe de Tiraqueau, *De lege canub.*, gr. 1, p. 1.

(3) *Songe du Verger*, l. I, chap. CXLVII.

(4) Retourne à ton fuseau, dit Télémaque à sa mère ; l'homme seul a la parole ; la femme appartient au silence.

HOMÈRE, *Odyssée*.

Euripide dit : c'est un fléau pire que la flamme et la vipère.

Socrate et Xénophon ne voient en elle qu'une ménagère produc-

anciens ou certains écrivains modernes (1) on pu en écrire. Et ce n'est pas peu dire.

Les romanistes font revivre les anciennes déchéances qui frappaient la femme ; le s. c. Velléien est rétabli.

L'Eglise s'effrayait dans l'austérité et la pureté de sa morale de ce « culte à la fois respectueux et passionné » dont la femme était l'objet chez les Germains, et qu'elle jugeait dangereux pour les mœurs (2). Elle s'efforça, et avec succès, par ses papes et les conciles — tout en continuant à proclamer l'égalité morale de la femme — de renfermer son activité dans une sphère étroite et obscure, de la dépouiller de toutes les prérogatives de la suzeraineté féodale, de lui enlever tous les droits qui la mêlaient aux assemblées des hommes et la divertissaient de son rôle sacré d'épouse, de mère et de gardienne du foyer.

Cet historique, un peu long mais indispensable, nous

trice d'enfants et Aristote ne lui reconnaît qu'une volonté à peine supérieure à celle de l'enfant.

(1) Proudhon : « La femme est une sorte de moyen terme entre l'homme et l'animal. »

Schopenhauer (*Métaphysique de l'amour*) ne pardonne pas à la « vieille galanterie française et à la sottise germano-chrétienne d'avoir changé la condition de ces êtres aux cheveux longs et aux idées courtes, ces animaux qu'il faut battre, bien nourrir et enfermer » (*sic*).

(2) Femme, tu es la force du démon.

TERTULLIEN.

Saint Jean Chrysostome la dénonce comme la source du mal, l'auteur du péché, la pierre du tombeau, la porte de l'enfer, la fatalité de nos misères.

a montré par quelles phases et quelles vicissitudes a passé la condition civile de la femme dans notre droit, condition actuellement réglée par l'art. 7 du Code civil, qui proclame l'égalité.

Cette égalité avait été préparée par les lois du droit intermédiaire. C'est ainsi qu'une loi des 8 et 15 avril 1791 avait supprimé les droits d'aînesse et de masculinité. Ce droit d'aînesse, que la Restauration, en 1826, essaya, mais en vain, de rétablir, inconnu dans les pays de droit écrit où régnait l'égalité romaine des partages, variait à l'infini suivant les territoires et les coutumes. Certaines coutumes — en infime minorité, il est vrai — accordaient le droit d'aînesse aux filles ; la majorité le leur refusait, pour l'accorder aux fils puînés et créer ainsi entre l'homme et la femme des inégalités profondes, rendues plus profondes encore par les droits de masculinité, les majorats et les pactes sur successions futures. Un mot rapide sur ces diverses institutions.

Les droits de masculinité variaient à l'infini également. La plupart des coutumes les appliquaient aux roturiers comme aux nobles, ainsi d'ailleurs que le droit d'aînesse. Ils consistaient dans la préférence qu'avait *le mâle au même degré* pour certains biens de la succession et dans le droit des pères d'exclure totalement les filles de leur succession. Même en l'absence d'exclusion, la dot la plus minime écartait les filles. D'après les coutumes d'Anjou, de la Touraine et du

Maine, *la fille dotée d'un chapeau de roses* ne pouvait rien demander de plus.

Les majorats étaient la substitution à perpétuité dans la descendance masculine de l'institué et par ordre de primogéniture d'une propriété immobilière, affectée d'un titre noble et héréditaire. Abolis par 89, les majorats furent rétablis par l'Empire, conservés par la Restauration et interdits définitivement par les lois des 12 mai 1835 et 11 mai 1849.

Quant aux parts sur successions futures, ils intervenaient fréquemment et il était d'usage que les filles renoncassent, de gré ou de force, par l'envoi dans un couvent, à la succession de leur père ou de leur mère, pour concentrer les biens dans les mains des aînés et des mâles.

Ces diverses institutions n'avaient pas été établies en haine ou par mépris de la femme, mais dans un but politique, afin de créer une puissante et riche aristocratie. Aujourd'hui, nous sommes revenus au principe plus humanitaire et plus équitable de l'égalité.

Mais cette égalité comportait, et comporte encore, bon nombre d'exceptions.

C'est ainsi que la femme ne pouvait demander le divorce que si le mari avait entretenu une concubine au domicile conjugal, tandis que le mari pouvait le demander sans aucune restriction, en cas d'adultère de sa femme (1). La loi du 27 juillet 1884 a fait, avec rai-

(1) Les raisons données par les rapporteurs au corps législatif me

son, disparaître cette inégalité, qui subsiste néanmoins toujours en droit pénal.

Le Code civil interdisait également à la femme d'être témoin (Code civ., art. 37 et l. 25 ventôse, an XI, art. 9). C'était une bizarrerie, d'autant plus inexplicable, que l'art. 71 du Code civil lui permet d'être témoin dans un acte de notoriété, dressé pour suppléer, en cas de mariage, à un acte de naissance. Ces anomalies ont disparu depuis la loi du 9 décembre 1897, due à la persévérance de M. Leconte, député d'Indre-et-Loire, dont le premier projet, déposé le 27 mai 1891, fut d'abord repoussé, puis repris le 7 décembre 1893, et enfin adopté, après une lutte assez chaude, soit à la Chambre, soit entre le Sénat et la Chambre (1).

C'est une réforme heureuse, ou plutôt je m'explique mal, c'est une absurdité rayée de nos Codes (2).

paraissent plutôt médiocres. « Il était juste, dit M. Monseignat, d'offrir à l'épouse délaissée, non pas une réciprocité entière, désavouée par la nature des choses et la différence des résultats de l'adultère dans les deux sexes, du moins un moyen pour soustraire à ses regards la présence et le triomphe d'une rivale. »

M. Treilhard disait : « que l'établissement d'une concubine au domicile conjugal est un outrage très sensible surtout aux femmes vertueuses ».

C'est une trouvaille ! Comme si le simple adultère du mari n'était pas aussi un outrage !

(1) *Journal Officiel*. Chambre 1891 Annexe 1430

— — — 1892 — 2132

— — — 1893 — 104

(2) Nous avons, sur ce point, été devancés depuis au moins 20 ans par toutes les législations européennes, sauf la Belgique, la Hollande, l'Espagne et le Portugal.

La femme, autre que la mère et l'aïeule, dit le § 3 de l'art. 442, ne peut être tutrice.

Ce texte, dont plusieurs projets, notamment celui de M. Leconte, avaient demandé l'abolition, est encore en vigueur. On ne peut guère comprendre la raison d'être de cette prohibition, et d'autant moins que l'art. 507, Code civil, permet à la femme d'être nommée tutrice de son mari interdit.

Il est impossible, pour justifier cette exclusion, d'invoquer l'infériorité intellectuelle de la femme. D'abord, c'est un argument qui, en soi, est absolument faux. Puis, si cet argument portait, pourquoi alors avoir proclamé l'égalité civile et ne pas avoir conservé l'ancienne tutelle du sexe ?

On proclame, et avec raison, la femme veuve capable d'administrer ses affaires et celles de son enfant. Et, quand il s'agira d'un autre que son enfant ou son mari interdit, elle sera légalement incapable ! Dira-t-on qu'elle apportera moins de soins et de sollicitude à la gestion de la fortune d'un enfant autre que le sien ? Mais le même raisonnement, s'il était vrai, le serait pour l'homme. De deux choses l'une, ou la femme est incapable d'une façon générale d'être tutrice — solution qui serait d'ailleurs à démontrer et que la loi n'admet pas — et alors pourquoi lui permettre d'être tutrice de ses enfants, de ses petits-enfants ou de son mari interdit ? ou elle est capable et alors pourquoi lui interdire d'autres tutelles que celles-là ?

La loi défend encore à la femme l'entrée du conseil de famille. Pourquoi ? Il est difficile de le comprendre et si les rédacteurs du Code revenaient, ils seraient, je crois, bien embarrassés pour nous le dire.

Une réforme s'impose sur ces points, réforme déjà accomplie dans la plupart des pays d'Europe (1).

Que décider pour les fonctions d'arbitre ou d'expert ? La doctrine a discuté la question. Je n'ai pas trouvé de solution de jurisprudence. En tous cas, ces fonctions ne rentrent pas dans le droit civique ou politique, comme on l'a soutenu à tort, mais dans les droits civils. Je ne vois pas pourquoi on refuserait ce droit à la femme.

(1) L'Allemagne, la Russie, l'Espagne, l'Italie, l'Angleterre, la Hongrie.

CHAPITRE II

MÈRE NATURELLE (1)

Sur les droits de la mère naturelle, le Code est pour ainsi dire muet : un seul article, l'art. 383 ainsi conçu : « Les art. 376, 377, 378 et 379 seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. »

Ce laconisme s'explique par des raisons historiques et des raisons que j'appellerai sociales.

A Rome, les *spurii* et les *liberi naturales* naissaient *sui juris*, c'est-à-dire en dehors de la famille ; l'ancien droit les excluait de la famille et ne leur reconnaissait que la protection du roi. Il était naturel que les rédacteurs du Code civil, trouvant une réglementation si rudimentaire dans les législations où ils puisaient ordinairement, les aient imitées.

(1) Il ne s'agit pas ici des enfants adultérins ou incestueux. Alors même que leur filiation serait judiciairement établie, la mère n'a pas sur eux les prérogatives de la puissance paternelle. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes.

Puis aussi les difficultés d'un problème, qui ne se pose jamais ou presque jamais identique à lui-même, n'ont pas été sans influence sur ce quasi-silence de la loi. Les époux sont-ils mariés? La situation est nette, franche; le code pouvait fixer avec précision les droits du père, ceux de la mère. L'enfant est-il né d'un commerce illicite? Cela n'est plus possible. Le père le plus souvent a disparu; la mère présente souvent peu de garanties de moralité. Autant d'enfants naturels, autant de situations différentes peut-on dire. Le législateur ne pouvait toutes les prévoir. Que conclure de tout cela? c'est que la loi a sagement agi en donnant, par son laceronisme, un large pouvoir d'appréciation aux tribunaux. Donner à la mère naturelle des droits aussi étendus qu'à la mère légitime eût été une erreur grosse de conséquences. Sans doute il est des filles-mères plus respectables que des mères légitimes; il en est chez qui la maternité est une régénération; mais enfin c'est une exception et la loi n'est pas faite pour les exceptions.

Nous nous placerons successivement dans deux hypothèses.

Section I. — La mère seule a reconnu l'enfant.

Section II. — Le père et la mère ont reconnu.

SECTION I

Droit de correction. — Il est certain que la mère naturelle a le droit de correction. Aucune discussion pos-

sible : l'art. 383 le dit. Mais si l'on est d'accord sur le principe, on est loin de l'être sur l'étendue et le mode d'exercice de ce droit.

Duranton (1) — et Laurent soutient la même thèse (2) — dit que la mère peut l'exercer par voie d'autorité. Elle a moins d'ascendant sur son enfant que la mère légitime, dit-il ; elle doit donc trouver, dans la loi, des moyens de répression plus sévères qui suppléeront à ce qui lui manque d'autorité.

Ce raisonnement ne me convainc pas. Il se brise contre des raisons morales beaucoup plus convaincantes et contre un argument de texte.

Voici ces raisons morales : Il serait véritablement extraordinaire, pour ne pas dire immoral, de donner à la mère naturelle plus d'autorité sur ses enfants qu'à la mère légitime. On le comprendrait à la rigueur, cependant, si l'intérêt de l'enfant l'exigeait. Mais cet intérêt exige justement le contraire. Le plus souvent le bâtard est isolé, mal vu, sans famille alors même qu'il n'est pas abandonné. Contre l'indifférence, l'hostilité des parents de sa mère, il n'a d'autre secours que l'affection de cette dernière, bien heureux encore si celle-ci, pour laquelle il est une cause de honte et de remords, le soutient. Il eut donc été dangereux de donner à la mère naturelle une arme aussi puissante que celle du droit de correction par voie d'autorité.

(1) Duranton, t. III, n° 360.

(2) Laurent, t. IV, n° 338.

L'esprit de la loi est conforme à cette thèse. Si, comme le soutiennent Duranton et Laurent, le vœu du législateur est de donner à la mère naturelle une puissance en proportion directe avec sa faiblesse et son peu d'autorité, pourquoi ne pas agir également à l'égard du père naturel ? Pourquoi ne pas lui donner plus de pouvoirs qu'au père légitime ? Les raisons seraient les mêmes ; la loi ne le fait pas cependant.

Quant à l'argument de texte, le voici : l'art. 383, ne se borne pas à renvoyer à l'art. 376, mais aussi aux art. 371 et 378. Pour ce père on appliquera l'art. 376 ; pour la mère les art. 371 et 378. Il suffit de lire attentivement l'art. 383, pour s'en convaincre.

Droit de garde. — La mère naturelle a-t-elle le droit de garde et d'éducation ?

Oui, sans aucun doute, car le droit de correction n'est que la sanction du droit de garde.

On a soutenu qu'en droit, les termes limitatifs de l'art. 383 s'y opposaient ; qu'en fait, il serait dangereux pour l'enfant naturel d'en confier l'éducation à sa mère.

Ce dernier argument est trop absolu. Sans doute souvent il sera nécessaire de confier la garde et l'éducation de l'enfant à une tierce personne. Mais autant il eût été dangereux de poser, en principe absolu, que la mère naturelle aurait la garde de son enfant sans aucun contrôle ; autant il eût été regrettable de décider que jamais la mère naturelle n'aurait le droit de garde.

Quant à l'argument tiré de l'énumération prétendue

limitative de l'art. 383, les travaux préparatoires y répondent (Lockré, t. VII, p. 38). Un art. du projet placé à la fin du titre de la puissance paternelle en rendait toutes les dispositions communes aux auteurs naturels. Trouchet fit remarquer que cette rédaction leur accordait l'usufruit légal, qu'on voulait leur refuser. On rédigea alors l'art. 383 tel qu'on le trouve dans le Code, sans s'apercevoir que sa rédaction trop restreinte paraissait exclure des dispositions qu'on voulait pourtant conserver.

D'ailleurs, avec ce raisonnement, on devrait décider que la mère naturelle n'aurait pas droit à l'honneur et au respect de ses enfants (art. 371). Or, personne n'est allé jusque là.

Droits de la mère sur les biens de ses enfants.

I. — La mère naturelle a-t-elle l'usufruit légal ?

II. — A-t-elle l'administration des biens de ses enfants ?

I. — On peut invoquer d'excellents arguments juridiques pour priver la mère naturelle de l'usufruit légal. D'abord aucun texte ne le lui accorde.

Puis l'art. 384 l'accordant aux *père et mère légitimes* le refuse par là-même à la mère naturelle. Voyez les termes de cet art. : *durant le mariage..... après la dissolution du mariage..... le survivant des époux.....* n'est-ce pas indiquer clairement qu'il ne s'agit que des enfants légitimes ?

D'ailleurs, comme on l'a vu plus haut, les travaux

préparatoires montrent, d'un façon indiscutable, le dessein bien arrêté, chez les rédacteurs du Code, de refuser l'usufruit légal aux auteurs naturels.

Et cela se comprend : c'eût été provoquer et encourager des reconnaissances frauduleuses, souvent difficiles à contester.

Les partisans du système opposé n'ont que de bien faibles raisons à nous objecter. C'est d'abord l'art. 383 qui, disent-ils, veut dire beaucoup plus qu'il ne dit en réalité, c'est exact. Mais comment admettre que cet art. 383 renvoie aux dispositions qui le suivent, alors qu'il ne renvoie qu'aux dispositions qui le précèdent ?

On objecte encore : les liens étroits liant la mère naturelle à son enfant : droit de consentir au mariage (art. 158) avec l'action en nullité pour sanction (art. 182), droits successoraux réciproques (art. 756 à 766, l. 1896).

Mais il n'y a aucune corrélation entre l'usufruit légal et ces divers droits. L'art. 158, c'est le droit naturel sanctionné par le droit positif ; l'usufruit légal, ce n'est pas le droit naturel et aucun texte ne l'établit. Quant à l'argument des droits successoraux, il n'a aucune valeur : l'aïeul, aussi dans certains cas, hérite de son petit-fils, et cependant n'a aucun usufruit légal.

II. — La mère naturelle a-t-elle l'administration des biens de ses enfants ?

Non, sans hésiter (1) : le texte de l'art. 389 ne le per-

(1) Contra-Toullier, t. II, n° 1073.

met pas « le père est *durant le mariage... après la dissolution du mariage* » (art. 370).

Et cette solution est très logique. L'administration légale n'a lieu que pendant le mariage ; à sa dissolution par la mort ou par le divorce, elle fait place à la tutelle. Or, la mère naturelle est dans la même situation qu'un époux divorcé ou survivant.

On a pensé, et avec raison, qu'alors la tutelle avec l'hypothèque légale comme garantie et le contrôle du subrogé tuteur, présentait plus de sécurité que l'administration légale, excellente quand la mère est là pour exercer, par son affection, une influence sur son mari, sinon un contrôle sur ses actes, dangereuse quand elle n'est plus là. Or, ces raisons se dressent encore avec plus de force contre la mère naturelle. Il faut donc lui refuser l'administration légale et organiser une tutelle.

Mais qui sera tuteur ?

Sera-ce la mère *ipso jure* ? C'est ici que commencent les divergences et aussi les difficultés.

La jurisprudence est profondément divisée : des arrêts adoptent la tutelle légale (1) ; d'autres la tutelle dative (2). Ces deux systèmes se trouvent également dans la doctrine.

Favard de Langlade, Repert. *Enfants naturels*, § 3, n° 2.

Laurent, t. II, n° 339.

(1) Cass. 29 avril 1850. S. 50, 1, 702. — Caen, 22 mars 1860. S. 60, 2, 610. — Douai, 15 mars 1865. S. 66, 2, 26. — Poitiers, 1^{er} août 1870. S. 71, 2, 214.

(2) Lyon, 11 juin 1856. S. 56, 2, 526. — Lyon, 8 mars 1859. S. 60, 2, 431. — Rennes, 6 janvier 1867. S. 68, 2, 135.

Les partisans de la tutelle dative (1) objectent contre la tutelle légale les termes formels des art. 390 et 405 C. civils écrits, disent-ils, seulement pour la filiation légitime. Le seul argument de nos adversaires, ajoutent-ils, est le droit naturel. Mais est-ce sur le *droit naturel* qu'on fonde une *tutelle légale* ? Non, — il faut un texte et ce texte n'existe pas.

Quant au choix de ce tuteur, les uns le donnent au conseil de famille, d'autres au juge de paix, d'autres enfin au tribunal civil.

Je crois, pour ma part, et si je me trompe, je suis en bonne compagnie (avec MM. Loiseau et Auby et Rau, t. VI, p. 113), qu'il faut organiser la tutelle légale de la mère.

Le texte et l'esprit de la loi commandent cette solution. L'art 405 parle d'enfant *sans père ni mère*, — ce n'est donc pas le cas. L'art. 390 ne fait pas du mariage une condition de la tutelle légale ; il dit tout au contraire que le mariage est un obstacle à la tutelle légale et qu'elle ne commence qu'à sa dissolution.

Ne serait-ce pas d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi de la lui refuser ? La mère naturelle a la puissance paternelle, le droit de garde et de correction, de consentir au mariage et d'intenter l'action en nullité, d'émanciper, et on lui refuserait la tutelle, qui est, quoiqu'on

(3) Demolombe, t. VIII, n° 385. — Decuante, t. II, n° 438 *bis*. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 490. — Durantou, t. III, n° 431. —

en dise, un attribut sinon essentiel, du moins naturel de la puissance paternelle.

Je ne puis mieux résumer la discussion qu'en citant ces quelques lignes du dernier arrêt que j'ai trouvé sur la question (Poitiers, 1^{er} août 1870, D. 71,2,56) « attendu que la loi, en classant les tutelles a classé en premier lieu celle des père et mère : que cette tutelle s'appelle naturelle parce que elle est déférée par la nature, qui met les enfants sous la garde de leur père et mère ; que pour l'enlever à ces derniers, il faudrait un texte précis ou une disposition formelle prononçant une exclusion écrite nulle part. »

SECTION II

Cette situation de la mère naturelle, telle que nous venons de la décrire et de limiter, change-t-elle lorsque le père a, avec elle, reconnu son enfant ? Ont-ils alors tous deux des droits égaux ? Les droits de la mère naturelle sont-ils, au contraire, comme ceux de la mère légitime, absorbés par le père ?

Ici encore la loi garde le silence ; elle ne pouvait poser de principe absolu et *a priori*.

Deux systèmes, mais plutôt théoriques divisent la doctrine : celui de l'égalité du père et de la mère (Demante, t. II, n° 428 *bis*) ; celui de la prépondérance du père. Je dis *théorique*, car quel que soit le système adopté, on arrive toujours à la même conclusion : le

pouvoir discrétionnaire des tribunaux, dès qu'il y aura désaccord.

Donc, *en fait*, c'est toujours l'égalité des père et mère, en ce sens que les tribunaux n'étant pas liés par l'art. 383, inapplicable dans l'espèce, apprécient souverainement les faits et les circonstances de la cause et peuvent refuser à un père naturel la garde et l'éducation de son enfant, s'ils estiment que la mère est mieux à même de remplir ce devoir, alors même qu'il n'y aurait rien à reprocher au père.

Mais, *en droit* — je ne dis pas *en législation* — le système de la prépondérance du père est peut-être préférable. C'est son nom que l'enfant porte, sa nationalité qu'il prend.

En résumé, il est difficile de faire le moindre reproche à la législation française sur cette question de maternité naturelle. Elle a adopté la solution la plus sage : le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Quelques jurisconsultes ou publicistes (Cambacérès, E. de Girardin, dans son livre célèbre : *l'égalité des enfants devant la mère*) avaient rêvé d'établir dans notre législation le matriarcat ou le régime familial basé sur la maternité, c'est-à-dire que tous les enfants légitimes ou non, appartiennent à la mère, prennent son nom, sa nationalité. La mère absorbe en sa personne tous les droits que notre Code civil accorde au père.

Cette théorie n'a pas triomphé — heureusement. On

trouve, en effet, le matriarcat à la toute première origine des sociétés d'où il ne tarde pas à disparaître pour faire place au régime de la paternité, plus conforme à la nature des choses. Il y avait là un enseignement qu'on ne pouvait négliger.

CHAPITRE III

RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

Malgré l'opposition du premier Consul qui disait au conseil d'Etat : « Il est une chose qui n'est et qui ne sera jamais française, c'est qu'une femme puisse faire ce qu'elle veut, » le Code civil a proclamé l'égalité civile de l'homme et de la femme.

Ce principe toutefois comportait, on l'a vu, plusieurs exceptions. L'une des plus importantes est contenue dans l'art. 340. Aujourd'hui comme en 1804, sauf le cas d'enlèvement, exception d'ailleurs sur les limites et l'application de laquelle on est loin d'être d'accord, la femme est désarmée contre l'homme qui l'a rendue mère en dehors du mariage.

Cette prohibition de l'art. 340 est-elle un « crime de lèse humanité ? (1) » Le législateur, au contraire, a-t-il

(1) Alex. Weill, *Que deviendront nos filles ?* p. 139.

bien agi en faisant plier les principes de droit naturel devant le principe de l'intérêt public et de la paix des familles? Depuis près d'un siècle la discussion est engagée entre les jurisconsultes, les publicistes, les romanciers et les acteurs dramatiques.

D'abord quel est l'état actuel de la législation?

S'il y a viol, enlèvement par fraude, violence ou séduction d'une fille âgée de moins de 15 ans — crimes et délits prévus par les art. 332, 354 et 356 du Code pénal — la protection existe, car des peines sévères sont édictées dans ce cas.

Mais la loi pénale ne va pas plus loin. On avait songé, en 1810, à faire un délit de la séduction, quel que soit l'âge de la victime. On a repoussé cette idée et le Code ne punit la séduction que s'il s'agit d'une fille de moins de 16 ans. « Singulière inconséquence de notre législation dit, avec raison, un des quatre sénateurs signataires du projet de réforme de l'art. 340 (1), qui répute les femmes mineures pour leurs biens, majeures pour leur chasteté et leur honneur. » Aussi je crois qu'on devrait, à l'exemple de l'ancien droit (2) et de quelques Etats modernes (la Prusse, le Brésil, les Etats-Unis), poser ce principe : la séduction est un délit.

(1) Foucher de Careil, *Bulletin de la Société d'économie sociale*, 1881.

(2) Dans l'ancien droit, les séducteurs étaient condamnés à « être pendus si mieux n'aimaient épouser ». Au commencement de la troisième race des rois de France, la règle était plus douce : *aut nubet, aut dolat*.

Mais quant à présent, en dehors de ces cas, qu'il y ait eu séduction ou simple promesse de mariage en vue d'obtenir les faveurs d'une femme, la loi est muette, sauf en cas d'enlèvement.

Quel est le sens de ce mot enlèvement ?

Pour les uns (Laurent, t. IV, n^o 95 et 96, Aubry et Rau, t. VI, § 569, note 11 et 15), ce mot désignerait simplement l'*enlèvement par violence*, sens usuel du mot enlèvement et non l'enlèvement par fraude ou par séduction. Les rédacteurs du Code civil n'ont pu, en effet, dit-on, s'en référer à la définition du Code pénal de 1810, puisqu'il est postérieur, ni à celle du Code de 1791, qui ne punissait que l'enlèvement d'une fille mineure de 14 ans, puisque le Code civil ne déclare la femme nubile qu'à l'âge de 15 ans. Se pourrait-il que la loi n'ait permis la recherche de la paternité que dans une hypothèse où la fille ravie ne peut pas devenir mère ? Il faut donc prendre le sens usuel du mot enlèvement.

Ce système est rigoureux ; il rend à peu près illusoire l'exception de l'art. 340, et, en fait, ce cas ne s'est jamais, que je sache, présenté dans la pratique. Mais ce n'est pas, dit-on, une raison pour l'exclure, car il a une base légale, solide ; les travaux préparatoires en font foi. Il me semble qu'on abuse, en général, un peu trop des travaux préparatoires ; ils constituent une mine inépuisable où l'on trouve tout ce que l'on veut y trouver.

Ce système, que nous repoussons, ne cadre pas bien avec les raisons qui ont fait admettre le dernier alinéa de l'art. 340. Quelles sont ces raisons ? C'est la possibilité, la certitude presque entière de prouver, sans erreur, la paternité invoquée. Mais cette possibilité ne se retrouve-t-elle pas en cas d'enlèvement par fraude ou par séduction, aussi bien qu'en cas d'enlèvement par violence ?

Je passe le système de M. Baret qui renvoie au Code pénal de 1810 ; celui de quelques Cours d'appel (1), qui admettent que l'art. 340 « comprend tous les cas où une fille serait soustraite à l'autorité paternelle sans le consentement de ses parents. »

Et j'arrive à celui de M. Demolombe (2), auquel je me rallie. Le savant jurisconsulte s'appuie sur le sens large qu'avait le mot *rapt* dans l'ancien droit (3), où il comprenait aussi le rapt de séduction et il conclut que les rédacteurs ont dû prendre ce mot dans la même acception. Par conséquent, l'art. 340 s'applique à toute espèce d'enlèvement. Seulement l'enlèvement par séduction, il ne l'admet que s'il s'agit d'une fille mineure et à l'enlèvement par fraude d'une fille majeure, il n'applique l'art. 340 que dans les cas graves.

On a accusé cette distinction d'arbitraire. Le reproche n'est pas fondé. M. Demolombe, au contraire, fait

(1) Paris, 29 mars 1821. — Dalloz, *Paternité*, n° 603.

(2) T. V, n° 483. — *Sic* Demante, t. II, n° 69 bis.

(3) Merlin, *Répertoire*, t. X, p. 71.

une appréciation très juste et très raisonnable. Il fait la part de culpabilité de chacun avec une grande sagacité, en se fondant sur la réalité des faits.

M. Demolombe arrive à dire que la femme pourra invoquer l'exception de l'art. 340 pour tous les enfants qui viendraient à naître, tant que dureront les relations illicites avec le ravisseur. Evidemment ce serait juste ; mais dans l'état actuel de la législation, c'est, je crois, aller un peu loin.

Que décider en cas de viol, car une femme peut concevoir par le viol ? Je crois qu'il faut appliquer l'exception de l'art. 340. Le viol n'est-il pas un enlèvement momentané dans ce qu'il y a de plus brutal et de plus odieux ?

Voilà donc l'état de la législation française et je comprends parfaitement les attaques dont elle est l'objet. Et, chose curieuse, les dispositions de la loi sont tellement peu en harmonie avec les idées de justice absolue et les principes du droit naturel, ses conséquences sont tellement désastreuses au point de vue de la moralité publique et de la natalité, que la jurisprudence effrayée, avec raison, de tous ces dangers, n'hésite pas à violer la loi ouvertement.

Les arrêts abondent en ce sens (1). Je n'en citerai qu'un, dont les considérants sont curieux et intéres-

(1) Cass., 24 mars 1845. D. 45, 1, 177. — Caen 6 juin 1850. D. 55, 2, 178. — Caen, 10 juillet 1862. D. 62, 2, 129 et Cass. D. 63, 1, 347. Nîmes, 22 décembre 1875. D. 76, 2, 206.

sants. C'est un arrêt de Montpellier, du 10 mai 1851 (1). « Considérant, dit-il, qu'il ne s'agit nullement de rechercher *si le sieur S... est le père de l'enfant* dont la demoiselle M... est accouchée; que la demoiselle M... demande uniquement à *prouver par voie d'induction, que sa grossesse était l'œuvre de S...*

Cette distinction est une ingénieuse trouvaille, un chef-d'œuvre de subtilité.

Comme jurisconsulte, on ne peut que blâmer sévèrement et condamner cette jurisprudence qui viole la loi de son texte et de son esprit.

Mais, comme homme, en vertu des principes de justice et de morale, on ne peut que l'approuver. Il me semble difficile, en effet, d'admettre « qu'une dette de cœur soit nulle comme une dette de jeu (2). » Et accorder à la fille-mère des dommages-intérêts, où l'on ne ferait pas entrer en ligne de compte les frais de grossesse, d'accouchement et d'entretien de l'enfant, serait la consécration de cette règle immorale et injuste.

Il faut le reconnaître cependant, cette jurisprudence si favorable à la femme et qui lui donne, dans sa lutte presque toujours inégale avec l'homme, des armes que le législateur avait cru devoir lui refuser, sait faire un consciencieux et impartial examen des diverses situa-

(1) D. 1855, 2, 173.

Marcadé (*Revue de Jurisprudence*, t. III, p. 203), l'approuve vivement.

(2) Legouvé, *Temps*, 1881. — *Questions des femmes*.

tions ; elle sait faire la part de chacun ; rendre pleine justice à la femme si elle est victime, repousser ses prétentions quand elle est coupable.

C'est ainsi que, s'il y a faute commune, si la femme n'a pas opposé aux attaques de l'homme une résistance suffisante, la demande est rejetée (1). De même, si les relations ont duré longtemps, car la femme ne peut dire alors quelle a été entraînée (2). L'âge de la femme, sa position sociale, son état de dépendance sont pris en considération (3).

En un mot, ce n'est pas là une jurisprudence irréfutable, ni poussée par une banale ou fausse sentimentalité. C'est la révolte de la conscience contre une disposition légale radicalement mauvaise, profondément injuste, parce qu'elle est la consécration dans notre Code, de la barbare et sauvage loi du plus fort.

On trouve donc dans cette jurisprudence un enseignement que l'on ne peut négliger. C'est une chose digne de remarque, en effet, que les principales réformes législatives ont été indiquées, préparées, imposées par la jurisprudence. Quand une loi est mauvaise, les décisions des tribunaux sont forcément ou injustes quand elles respectent la loi, ou illégales quand ils

(1) Bastia, 25 août 1854. D. 56, 2, 16. — Nancy, 25 février 1863. D. 63, 2, 169. — Le Puy, 19 janvier, 1869. D. 70, 3, 12. — Dijon, 18 juin 1874. *Gaz. Tribunaux*, 11 fév. 1874.

(2) Caen, 6 mars 1850. D. 53, 3, 389.

(3) Grenoble, 18 mars 1864. D. 65, 2, 22. — Dijon, 16 avril 1861. D. 61, 5, 423.

veulent juger suivant la justice et l'équité. Si la jurisprudence s'obstine à violer ouvertement la loi, il faut croire, sans crainte de se tromper, que la loi est mauvaise. Les tribunaux sont, en effet, mieux placés que le législateur pour juger des besoins de la société. Ils sont en contact permanent avec la vie de tous les jours du corps social, ils l'auscultent en quelque sorte, en connaissent les aspirations, les besoins et les maladies. Ils subissent forcément l'influence des mœurs, des idées, de leur évolution et c'est un fait certain que l'on étudie les sociétés disparues dans les recueils de jurisprudence aussi bien que dans la correspondance et les mémoires des contemporains.

Quelles sont donc les raisons d'être de cette jurisprudence si unanimement contraire à la loi ?

Ce sont les conséquences désastreuses de l'art. 340.

Une jeune fille est séduite ; elle va être mère, neuf fois sur dix, le séducteur disparaît. Pourquoi ferait-il autrement ? Il serait bien naïf : « les mœurs et les lois, en effet, sont là pour lui dire : Prends le plaisir ; laisse le mariage, c'est une chaîne ; laisse l'enfant c'est une charge et recommence avec d'autres femmes tant que tu pourras ; tu auras ainsi le plaisir, tu garderas la liberté. Personne n'aura le droit de te rien dire, mais si par hasard, on te demandait des comptes, sois sans honte et sans crainte, nous sommes là, lois et mœurs, nous répondrons de toi et pour toi (1). »

(1) Alex. Dumas, *Les femmes qui tuent*, p. 70, 71.

La jeune fille, elle, que devient-elle ? Si elle a des ressources lui permettant de vivre, elle se contentera le plus souvent de pleurer en silence son avenir brisé et ses affections déçues.

Est-elle pauvre ? Elle sera résignée ou révoltée. Si elle est résignée, « elle se réfugiera dans cette maternité qui lui coûte si cher (1) ; » à force de sacrifice et de travail elle élèvera son enfant et fera oublier sa faute par l'héroïsme de son amour maternel. Mais les résignées sont rares : on en voit plus dans les romans ou le théâtre que dans la réalité.

Les révoltées, elles, suppriment par l'infanticide ou l'avortement un enfant qu'elles ne peuvent élever. Les statistiques sur ce point sont d'une navrante éloquence. Et l'on arrive à se demander « avec effroi si pour certaine partie de la population, ce sont encore des crimes ou si ce ne sont pas plutôt des habitudes sociales (2). » Les jurés aussi se le demandent et ils acquittent (3), envisageant l'infanticide ou l'avortement plutôt comme une fatalité que comme une action coupable.

« Quelle atteinte plus profonde, dit avec raison M. Legouvé (4), à la morale d'un pays que la violation publique des principes de la justice ! La conscience générale se déprave par cette indulgence, inique, plus

(1) Alex. Dumas, *Lettre à M. Rivet*, p. 90.

(2) D^r Brochard, *Allaitement maternel*, p. 168.

(3) Les statistiques du ministère de la justice donnent la proportion de 33 % d'acquittements.

(4) Legouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 300.

encore que par l'attentat et à force de voir absoudre le crime, les masses finiront par le confondre avec l'innocence. »

Et ces filles-mères acquittées ou celles qui ont le courage de ne pas tuer leur enfant et d'essayer de l'élever, que deviennent-elles ? Chassées de partout, elles ne peuvent gagner leur vie ; c'est la honte et la réprobation pour elles, car, par une contradiction inexplicable, la société, si indulgente aux fautes des hommes, qu'elle qualifie de conquêtes et de bonnes fortunes, n'a pas, malgré le sage et miséricordieux conseil du poète, assez d'anathèmes et de sarcasmes pour la femme qui succombe, entraînée par ses sens ou la naïveté de son cœur.

Pendant, il faut vivre, alors que reste-t-il à la femme, suivant la belle et douloureuse expression d'un illustre prédicateur (1), il lui reste « le suicide sanglant ou, ce qui pis est, le suicide boueux. »

Ainsi, en résumé, déchéance, abaissement des mœurs et de la moralité publique, par suite de l'impunité assurée aux séducteurs, accroissement de la criminalité, proportion de plus en plus grande des naissances illégitimes, mortalité des enfants, abâtardissement de la race et dépopulation ; voilà les conséquences de l'art. 340 (2) !

Les objections qu'on oppose aux partisans de la re-

(1) P. Hyacinthe. *Sermon du 26 mars 1880*. Fochier, p. 16.

(2) En 1878, le coefficient d'illégitimité en France a été de 728. Depuis, il n'a dû qu'augmenter.

cherche de la paternité sont-elles donc bien fortes et bien concluantes que cette règle de l'art. 340 est encore inscrite dans nos Codes !

Nous allons rapidement les examiner et les réfuter.

On objecte d'abord l'impossibilité de démontrer la paternité. S'il est aisé de prouver les relations illicites, comment prouver que l'enfant est le fruit de ces relations ?

Directement, je l'avoue, c'est impossible. Mais la preuve ne peut-elle pas résulter indirectement des circonstances ? Si les probabilités ne sont pas toujours la réalité, elles le sont souvent. Ce serait aux tribunaux à s'entourer de toutes les garanties nécessaires, à agir avec prudence pour éviter des erreurs et arriver à la vérité. La jurisprudence, d'ailleurs, ne montre-t-elle pas qu'on peut établir la paternité d'une façon indiscutable ? Et certains articles du Code civil (art. 339, 161 à 164, 188 et 191), ne prouvent-ils pas également cette possibilité ?

Certains auteurs (1) proposent d'étendre la règle de l'art. 312 du code civil au cas de concubinage, certain et reconnu. Je ne suis pas de cet avis. L'art. 312 se comprend en matière de mariage ; c'est une présomption sage et le plus souvent conforme à la réalité, car s'il est des femmes qui trompent leurs maris, ce n'est pas,

(1) Beudant, *Cours de droit civil*.

Accolas, *L'enfant né hors mariage*.

Dieu merci, la majorité. Etablir au contraire une présomption de fidélité en faveur des concubines, c'eût été dangereux et faire sanctionner parfois des paternités mensongères, contre lesquelles la preuve contraire eût souvent été impossible. On objecte en second lieu les possibilités de chantage.

Le danger est réel et l'on ne peut nier que souvent on se trouve en présence de femmes « chez qui les mauvais instincts et les mauvais exemples, la paresse, le désir de briller ont développé une conception et une vénalité précoces et dont l'idée fixe, à partir de 14 ou 15 ans, est de se débarrasser pour leur agrément ou leur intérêt, d'une virginité encombrante jusqu'à ce qu'elle devienne productive (1). »

L'objection porterait si l'on permettait sans aucune limitation la recherche de la paternité. Mais nous n'y avons jamais songé. Je crois, au contraire, qu'il faut entourer cette recherche de restrictions nombreuses, y apporter bien des exceptions et je crois qu'édicter des peines sévères contre les filles-mères qui échoueront dans leur demande, sera une barrière suffisante contre les chantages.

On ajoute : « Quels procès scandaleux que ceux-là ! »

Mais est-ce une raison pour continuer, par une injustice qui répugne même aux peuplades sauvages (2), à

(1) Alex. Dumas, *Lettre à M. Rivet*, p. 91.

(2) Les Papous de la Nouvelle-Guinée ont une loi qui oblige le séducteur d'une fille à l'épouser ou à la doter.

laisser la femme sans défense contre l'homme? N'y a-t-il pas d'autres débats scandaleux? Et le procès d'adultère, d'attentat aux mœurs, de proxénitisme? Et cependant on poursuit: Ne pourrait-on pas d'ailleurs, soit interdire la reproduction des débats, soit établir la faculté du huis clos?

Autres objections :

C'est le trouble jeté dans la famille légitime. Mais le jeune homme, n'a-t-il pas jeté lui aussi, le trouble dans une autre famille légitime?

C'est encourager le désordre des femmes par une prime donnée en quelque sorte au dévergondage et à la débauche.

A cette objection Malleville répondait très judicieusement au Conseil d'Etat en 1804 : « il n'est pas constant que, depuis ces lois, les femmes soient devenues plus chastes. » D'ailleurs, l'art. 340 n'encourage-t-il pas le désordre des hommes? Que signifie exactement l'art. 340? En voici la paraphrase, ou plutôt la traduction exacte, dans l'exposé des motifs du projet déposé en 1878 au Sénat : « Tu peux t'abandonner à tes caprices, multiplier tes fantaisies; qu'aucune crainte ne t'arrête dans le cours de tes plaisirs. Eusses-tu employé la fraude ou prodigué les serments, eusses-tu donné le jour à un être formé de ton sang, je t'absous de ton indignité, je te délie de tes engagements. Je

La moralité chez les sauvages, *Revue politique et littéraire* du 10 juillet 1880.

supprime pour toi le devoir et la loi et t'affranchis des conséquences de ta faute. Secoue la poussière de tes pas. Quitte, sans regarder en arrière, ce foyer où tu laisses une malheureuse sans espoir et un enfant sans pain et va, sans souci ni remords, chercher ailleurs d'autres voluptés (1). »

Enfin, et c'est là le gros argument de nos adversaires, on nous oppose l'ancien droit et ses abus.

L'ancien droit avait adopté une règle étrange : *creditor virgini parienti*, c'est-à-dire que, sur la seule déclaration de la fille, le prétendu père était condamné provisoirement aux frais d'accouchement et d'entretien. Et une jurisprudence, plus sentimentale que juridique et équitable, avait encore exagéré ces inconvénients (2).

Ce n'est donc pas du principe lui-même de la recherche de la paternité qu'il faut attribuer les abus incontestables de l'ancien droit, mais à l'application déraisonnable et stupide qu'on en faisait.

On le voit, nous sommes partisans convaincus de la recherche de la paternité. Mais dans quelles condi-

(1) *Journal officiel* 1878. Sénat. Doc. Parlementaires.

(2) C'est ainsi que les tribunaux se contentaient de preuves vagues et incertaines. Ils allaient même jusqu'à admettre l'action de la fille, alors qu'il était prouvé, qu'au temps de la conception, elle avait eu des relations avec d'autres que le prétendu père. C'était absurde. Il eût mieux valu faire ce qu'on fait actuellement en Prusse, condamner solidairement à des dommages-intérêts, tous ceux qui sont convaincus d'avoir eu des relations avec la fille-mère au moment de la conception.

tions? quelles exceptions, quelles garanties y apporter?

Les projets sont nombreux et très divers. Les uns se placent surtout au point de vue de la femme, d'autres surtout au point de vue de l'enfant. Nous ne les étudierons pas, nous nous bornerons à exposer celui que nous adoptons. Il nous paraît, tout en respectant les idées de justice jusqu'ici méconnues, devoir calmer les craintes et les susceptibilités de nos adversaires. C'est d'ailleurs, à part quelques changements ou additions celui présenté à la Chambre en 1880 par M. Rivet.

ART. I. — La recherche de la paternité est admise, pourvu qu'il y ait preuves écrites, faits constants ou témoignages suffisants.

La possession d'état prouve la filiation naturelle paternelle.

ART. II. — Si le père refuse d'épouser la mère, celle-ci est en droit de réclamer des dommages-intérêts (1).

Ce droit cesse si la fille était notoirement de mœurs légères ou si le prétendu père prouve qu'elle a eu des relations avec d'autres que lui.

(1) Le projet déposé en 1878 au Sénat par MM. Béranger, de Belcastel, Foucher de Careil et Schœlcher donne au père le droit de transiger.

S'il n'y avait que la mère en cause, cette disposition serait excellente. Mais il y a l'enfant qui a ou doit avoir le droit d'exiger le nom de son père.

ART. III. — La femme doit déclarer la grossesse et désigner le père ; elle peut commencer l'instance trois mois avant sa délivrance.

Ces affaires devront être jugées dans les trois mois.

ART. IV. — L'action se prescrit par six mois à partir de la majorité de l'enfant.

ART. V. — La fille âgée de plus de 25 ans ne sera pas admise contre un mineur de moins de 18 ans.

ART. VI. — Les revendications reconnues calomnieuses ou de mauvaise foi seront punies des peines de la diffamation.

ART. VII. — La reproduction des débats est interdite.

Les juges pourront toujours ordonner le huis-clos.

Voilà 19 ans que le projet dort dans les cartons de la Chambre ! Aboutira-t-il bientôt ? Espérons-le, sans trop y croire cependant : nos législateurs ont, paraît-il, autre chose à faire. Le plus tôt sera le meilleur. Seule cette loi insérera dans nos Codes, d'une façon énergique, le respect dû à la femme ; elle sanctionnera d'une façon efficace le principe de l'égalité de l'homme et de la femme devant la loi civile, proclamé par la Constituante.

DEUXIÈME PARTIE

LA FEMME DANS LE MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE, SON FONDEMENT, SA SUPPRESSION

Pleinement capable quand elle est fille ou veuve, la femme cesse de l'être quand elle est mariée (1). L'incapacité de la femme française, telle qu'elle existe, était inconnue à Rome où par l'effet de la *manus*, la personnalité de la femme était absorbée par celle du mari et où plus tard après l'abolition de la *manus*, le sénatus consulte Velléien s'appliquait à toutes les femmes, filles, femmes mariées ou veuves.

Dans notre droit, la femme mariée est assimilée à un mineur, ou plus juridiquement à une personne pourvue d'un conseil judiciaire, car le rôle du

(1) C'est le système de la Belgique, de la Hollande, de l'Espagne et de quelques cantons de la Suisse.

mari se borne à assister sa femme. Dans les actes judiciaires ou extra-judiciaires, le mari et la femme sont côte à côte : pour parler le langage de la procédure le mari est « pris pour la validité ». Un tuteur au contraire paraît seul, il agit seul au lieu et place de son pupille. Cette incapacité commence avec le mariage et prend fin avec lui, sauf l'exception créée par la loi de 1893 pour la femme séparée de corps : elle survit à la séparation du bien judiciaire.

Sauf quelques actes pour lesquels la femme jouit d'une pleine capacité (testament art. 226 et 905 civ. reconnaissance d'enfant naturel) cette incapacité est générale : elle embrasse tous les actes juridiques. Que la femme veuille ester en justice, qu'elle veuille donner, acquérir, recevoir, contracter, hypothéquer, vendre, elle ne peut rien faire sans l'autorisation de son mari ou, à son défaut, celle de justice.

L'autorisation doit être spéciale, c'est-à-dire qu'elle doit être donnée pour chaque acte en particulier. L'autorisation générale n'est admise que pour la femme commerçante.

Tel est dans ses grandes lignes le système français (1). Quel est le fondement dans notre législation de cette incapacité ? C'est, à mon sens, une idée complexe.

(1) Faisant ici une étude critique et législative, nous n'entrerons pas dans les discussions et les controverses doctrinales ou jurisprudentielles qui s'élèvent sur les différentes questions relatives à l'incapacité de la femme mariée.

Pour les uns, l'autorisation maritale n'est exigée que dans le seul intérêt de la puissance maritale. Elle n'est qu'un moyen de discipline et de gouvernement domestique.

Un autre système ajoute au premier l'idée des intérêts matrimoniaux dont le mari est le gardien. C'est au mari à surveiller les actes de sa femme, pour qu'il y ait unité de direction dans le ménage.

Ces explications sont insuffisantes, et ne peuvent justifier tous les caractères que présente dans notre droit le principe de l'autorisation. Pourquoi v. g. la femme peut-elle faire annuler un acte ratifié par son mari? Comment expliquer que la femme ait l'action en nullité? Pourquoi le mineur, investi cependant de la puissance maritale, ne peut-il autoriser sa femme?

Aussi, il faut ajouter à ces deux idées, celle de la faiblesse naturelle de la femme. Ce sont ces trois idées qui sont, *dans notre droit*, la base de l'incapacité de la femme.

Est-ce un fondement rationnel? Je ne le crois pas, nous y reviendrons tout à l'heure.

Les féministes réclament l'abolition de cette incapacité (1). La puissance maritale, disent-ils, a son origine

(1) Il y a un projet déposé en ce sens à la Chambre en 1897 par M. Michelin.

(*Journal officiel*. Doc. parlam., p. 215, annexe 2293).

Il serait surprenant que ce projet aboutisse. Nous ne sommes pas encore faits — et heureusement — à cette idée de l'indépendance de la femme et de la suppression de l'autorité maritale. Il suffit,

dans la force et la violence. Elle se comprenait au début des sociétés ; elle n'était alors que la contre-partie de la protection donnée par le mari à la femme, dans des temps où la force se confondait avec le droit. Mais aujourd'hui dans une société civilisée et fortement organisée, elle n'a plus sa raison d'être : c'est une institution démodée et de plus, « odieuse ».

Écoutons le réquisitoire de M. Laurent (1) : « Maintenir l'inégalité dans la société conjugale, ce serait régir la société des époux qui se marient au xix^e siècle par une loi qui est l'expression de l'état social du Moyen Age. » — « Le despotisme est un vice, et comme tel, mauvais en essence. Je crois que le pouvoir absolu ne vaut pas mieux dans la famille que dans l'Etat. »

Sans doute, le despotisme est un vice, mais comme le répond fort bien M. Guillaud (2), « autre chose est le despotisme, autre chose l'autorité ; nous croyons que l'anarchie ne vaut pas mieux dans la famille que dans l'Etat. » Et ce chef, ce ne peut être que le mari. C'est à lui qu'avec raison, depuis le commencement du monde, les lois de tous les pays, d'accord avec la nature et les

en effet, de lire les discussions du Conseil d'Etat ou les débats du Parlement relatifs aux lois nouvelles extensives de la capacité de la femme ; on y verra le souci souvent exprimé de ne pas abolir le principe de la suprématie du mari, tout en y apportant des exceptions imposées par la transformation des mœurs ou de la vie économique.

(1) Laurent, t. V, p. 45 et 52.

(2) Guillaud, *Contrat de mariage*, t. I.

aptitudes comparées de l'homme et de la femme, ont donné l'autorité. « Cette autorité est nécessaire dans l'ordre moral, à la paix et au bonheur de la famille ; dans l'ordre pécuniaire, au crédit du mari et à la prospérité du ménage. »

Tel n'est pas l'avis des féministes, et voici ce qu'écrit un des plus illustres d'entre eux, Stuart Mill : « Il n'est pas vrai que dans toutes les associations volontaires de deux personnes, l'une doive être maîtresse absolue, encore moins appartient-il à la loi de déterminer laquelle le sera. Après le mariage, la forme d'association volontaire qui se voit le plus souvent, c'est la société commerciale. On ne juge pas nécessaire de régler que dans toute société, un des associés aura toute la direction des affaires et que l'autre ou les autres seront tenus d'obéir à ses ordres (St. Mill, *Assujettissement des femmes*, traduction Cazelles, p. 94).

Si l'on assimile le mariage à une simple société commerciale, St. Mill a raison. Mais pour ceux, — et je suis de ceux-là — qui y voient autre chose, l'argument de St. Mill n'est pas un argument.

Admettons d'ailleurs un instant l'égalité du mari et de la femme. Qui règlera les conflits ? En cas de désaccord dans une société commerciale, les associés peuvent ou s'adresser aux tribunaux ou dissoudre la société. De ces deux solutions pour cette société d'une nature spéciale qu'on appelle le mariage, la première présenterait de

gros inconvénients, la seconde serait la négation même du mariage.

Autre argument : Voyez, nous disent les féministes, combien les mœurs évoluent et se transforment. Quels changements depuis un demi-siècle et dans toutes les classes de la société. Chez les ouvriers, les conditions économiques nouvelles, créées par l'extension de la grande industrie, le développement des machines et l'abaissement des salaires, ont contraint la femme à quitter son ménage, à aller au dehors augmenter, par son propre travail, les gains du mari devenus insuffisants. Le rôle de la femme n'est donc plus comme autrefois, pour emprunter le langage de la coutume de la Bretagne « de garder l'hostel, le feu et les enfants », il ne se borne plus à conserver les salaires du mari. Elle aussi gagne le pain de la famille. Il en est de même dans le petit commerce. Entrez dans une boutique, c'est la femme qui est assise au comptoir, qui reçoit les clients, vend ou achète. Il existe donc une anomalie flagrante entre la situation restreinte, humiliée, « l'esclavage » créé par le Code et la situation de plus en plus prépondérante que la femme prend tous les jours.

Cette évolution dans le rôle de la femme ne peut évidemment se nier. Est-elle un bien ? Est-elle un mal ? Il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage d'étudier la question. Des esprits éminents en déplorent avec raison, je crois, les conséquences (1).

(1) J. Simon dans l'« Ouvrière » s'exprime ainsi : Suppression de

Quoi qu'il en soit, cette évolution doit-elle entraîner la suppression de l'incapacité de la femme ? Non, sans aucune hésitation. Qu'on lui permette, dans certains cas déterminés, de toucher directement ses salaires, rien de plus juste. Mais de ce que la femme fournit à son mari, *sous une autre forme*, sa quote-part des charges du ménage, est-ce une raison pour la proclamer son égale ? Cette transformation dans le rôle de la femme ne peut abolir cette règle, nécessaire comme l'air pour respirer, qu'il faut un chef dans le ménage, et c'est le mari qui doit l'être... à moins de donner la suprématie à la femme.

Nous arrivons maintenant à un dernier argument tiré de la comparaison des législations étrangères. Dans une curieuse brochure (1), M. Bridel, professeur à la Faculté de droit de Genève, pose ainsi la question :

L'incapacité de la femme est-elle une conséquence nécessaire de la situation créée par le mariage ?

Répondent non, dit-il, la loi anglaise, le Code italien, le projet du Code allemand et la loi russe.

Nous allons voir que ce n'est pas très exact.

Angleterre. — En Angleterre, la femme dont l'inca-

la vie de famille, dégénérescence croissante de la race, absence complète d'éducation morale pour les enfants, telles sont les conséquences du travail de la femme dans les usines. C'est le paupérisme au milieu d'une industrie qui prospère ».

L'Amérique n'envoie pas les femmes dans les usines et qui sait si ce n'est pas là une des causes de sa richesse et de sa vitalité ?

(1) Bridel, *Le droit des femmes et le mariage*.

pacité jusqu'en 1870 rappelait d'une façon frappante la *manus* romaine, a passé, en douze ans, de l'incapacité absolue à la complète indépendance et cela en deux étapes, d'une rapidité un peu déconcertante.

Avant 1870, point de personnalité juridique. La femme anglaise ne pouvait même pas tester. Acte du 9 août 1870, décide que la femme a le droit de disposer du produit de son travail, que ses biens meubles et les revenus de ses immeubles seraient affectés à son usage, sans le contrôle du mari. Elles peuvent les placer comme bon leur semble, sauf recours des créanciers du mari, en cas de fraude.

D'après l'acte de 1882, la femme a une personnalité juridique distincte de celle du mari. Elle a, comme propriété séparée, tous les biens qu'elle possédait avant son mariage et le produit de son travail au cours du mariage. Elle peut s'obliger jusqu'à concurrence de ses propres ; elle a seule l'administration et la jouissance de sa fortune et peut en disposer à titre gratuit ou onéreux, sans aucune autorisation. Elle peut ester en justice.

Cette réforme est trop récente pour qu'on puisse en apprécier les résultats. Il ne suffit pas d'une expérience de 16 ans pour juger les effets d'une réforme aussi hâtive et qui a renversé un droit plusieurs fois séculaire. « On ne bouleverse pas ainsi une législation sous prétexte de l'améliorer (1). »

(1) Guillaouard, *Contrat de mariage*, t. I.

On ne prétendra pas, je pense, en tous cas que cette indépendance de la femme a sanctifié le mariage et amélioré les mœurs. Sont-elles plus mauvaises qu'en France ? C'est possible, — en tous cas, elles ne sont pas meilleures.

Italie. — Il n'est pas exact de dire qu'en Italie l'incapacité de la femme ait disparu. Lors de l'élaboration du Code civil, il fut question en effet de la supprimer. Mais on ne donna pas suite à ce projet et on a maintenu le principe de l'autorisation maritale.

Voici, dans ses grandes lignes, le droit italien sur la femme :

L'autorisation peut être générale — elle n'est requise que pour certains actes spécialement déterminés (art. 134, Code civ. italien).

Plus d'autorisation quand le mari est mineur, absent, interdit, condamné à plus d'un an de prison, si séparation de corps par la faute du mari.

Ainsi, tout en étant plus libéral que le Code français (1), le Code italien maintient l'incapacité. Et M. Bridel se trompe donc en apportant le droit italien comme preuve à cette assertion que l'incapacité de la femme mariée n'est pas une conséquence nécessaire de la situation créée par le mariage.

(1) A un point de vue, le Code italien est même plus rigoureux que la loi française. C'est ainsi que dans le cas de séparation de corps occasionnée par la faute de la femme, l'incapacité subsiste dans le droit italien.

Allemagne. — D'après le projet du Code allemand, la femme ne devient pleinement capable que si les époux adoptent dans leur contrat de mariage le régime de la séparation de biens. Dans tous les autres cas, l'intervention du mari est nécessaire.

Il est donc inexact (1) d'affirmer que le principe de l'autorisation a été aboli et que toujours la femme est pleinement capable. Dans notre droit, on peut arriver à peu près au même résultat par un contrat de mariage, adoptant la séparation de biens. Certains auteurs voudraient même que la femme, séparée de biens contractuellement, eut pleine et entière capacité. C'est aller un peu loin, je crois. Nous le verrons plus bas d'ailleurs.

Russie. — Le régime de droit commun est la séparation de biens absolue. Mais les mœurs sont en contradiction avec la loi ; par suite de l'obéissance que, dans ce pays de régime patriarcal, la femme doit à son mari, le régime de fait est plutôt un régime de communauté, sous la direction et l'autorité du mari.

Quel est le système imaginé par les féministes pour régir cette nouvelle société conjugale, où la femme sera l'égale du mari ? Voici ce qu'imagine M. Laurent (2). Il ne fait d'ailleurs que reproduire presque identiquement le projet du Code de 1793, présenté à la convention par Cambacérès. La communauté est administrée

(1) Bufnoir, *Bulletin de législation comparée*, 1893.

(2) Laurent, t. V, p. 32 et seq.

conjointement par les deux époux. La femme fait seule les actions d'administration journalière ; les actes de disposition ne peuvent être consentis que par les deux époux conjointement.

Je vois à ce système un gros inconvénient : celui de soulever des conflits graves et aigus. M. Laurent prévoit d'ailleurs le cas et donne au tribunal d'arrondissement, à défaut de conciliation devant le juge de paix, le pouvoir de trancher le différend. Quelle complication ! Mettez ce régime en vigueur pendant un mois seulement, vous verrez le défilé de maris et de femmes à la barre du tribunal.

D'ailleurs M. Laurent, dont le système général est la suppression de l'autorité maritale, de l'obéissance de la femme, de l'égalité absolue entre le mari et la femme, me semble manquer de logique, en prévoyant — et pour la femme seulement — l'abus d'administration. Dans ce cas, dit-il, le tribunal peut annuler les actes faits par la femme et la déclarer déchue de son droit d'administration. Le mari peut abuser de ses pouvoirs : on ne lui peut rien.

Ce système, à première vue, peut plaire aux rêveurs et aux utopistes ; mais il se heurte à cet obstacle insurmontable, à savoir cette loi éternelle et immuable, qui veut que dans toute association — et surtout le mariage — il y ait un chef, sous peine d'anarchie, de dislocation et de ruine.

M. Beudant (1) est moins absolu. Il donne au mari et à la femme un mutuel contrôle sur leurs actes, en exigeant leur consentement pour tous les actes de disposition de leurs biens propres. « On restreindra de plus en plus la nécessité de l'autorisation aux actes qui touchent aux intérêts collectifs de la famille ; peut-être même les subordonnera-t-on à l'assentiment des deux époux. En cas de désaccord, la justice interviendrait.

« C'est donc dans la réciprocité des droits et non dans une indépendance contradictoire à l'idée de mariage et dangereuse pour les intérêts de la famille, qu'il faut chercher la solution du problème de la capacité de la femme mariée. »

Ce système est impraticable. Quelquefois des aliénations rapides sont indispensables. Exiger le consentement des deux époux, c'est apporter une entrave. Puis, que de conflits (2).

Pour moi, ce problème de la capacité de la femme

(1) *Droit civil*, t. I, p. 480.

Le Code portugais de 1867 exige également le consentement de la femme pour l'aliénation des immeubles du mari.

(2) Je ne parle que pour mémoire du système de Stuart Mill. Il veut entre les époux un partage d'attributions selon le caractère, l'âge, la fortune, les aptitudes intellectuelles. Cette division des pouvoirs serait librement établie, en dehors de la loi, par le contrat de mariage ou postérieurement.

C'est parfait. Et pour ceux qui ne font pas de contrat !

M. Legouvé donne la gestion des biens communs au mari, soumis à la surveillance d'un Conseil de famille, qui donnerait, en cas d'abus ou d'incapacité du mari, l'administration à la femme, qui a d'ailleurs l'entière administration de sa fortune.

mariée doit se résoudre de la façon suivante : maintenir dans nos lois ce principe de l'incapacité de la femme et de l'autorité du mari, mais au lieu de la baser, comme notre droit français, sur l'idée de la faiblesse de la femme, le législateur devrait, imitant la loi italienne, lui donner pour base l'idée seule de la puissance maritale et de l'unité de direction des intérêts de la famille. C'est ainsi que l'autorisation pourrait être générale, mais serait révocable *ad nutum*, que la femme ne pourrait invoquer la nullité et qu'elle serait pleinement capable en cas de folie, d'interdiction ou d'absence du mari.

Il faut, en un mot, faire disparaître de la théorie de l'autorité maritale toutes les conséquences de l'idée de tutelle, mais il faut maintenir cette autorité, je le répète ; et ce principe, nié par nos adversaires mais qui est la vérité, domine toute la discussion : il faut un chef à l'association conjugale.

Ainsi concluons-nous que, lorsque le mari est là, c'est à lui que revient et doit revenir la direction des intérêts de la famille. Mais quand il sera dans l'impossibilité juridique ou matérielle de diriger les affaires domestiques, à quoi bon faire l'injure à la femme, de la considérer comme une incapable, pourquoi l'astreindre aux formalités jamais rapides et jamais gratuites de l'intervention de la justice ?

Voilà, à mon sens, dans quelles limites étroites et sages, on doit réformer la législation française.

Des atteintes ont été déjà portées — et elles étaient

nécessaires — au principe de l'incapacité de la femme.
Je veux parler :

De la loi du 20 juillet 1886 qui permet à la femme mariée de faire seule des versements à la caisse des retraites pour la vieillesse ;

Celles du 9 avril 1881 et 26 juillet 1895 qui l'autorisent à déposer seule et à retirer seule à la Caisse d'épargne et à la Caisse d'épargne postale ;

Celle du 5 février 1893, accordant à la femme séparée de corps, la pleine capacité (1). Il fallait soustraire la femme à des abus scandaleux, l'autorisation maritale devenant souvent entre les mains du mari, un moyen de chantage ou de vengeance.

Ces lois étaient nécessaires. Ce n'est pas, en somme, une dérogation au droit civil, comme le disait M. Le Bastard, au Sénat, la femme est censée agir en vertu d'un mandat tacite du mari.

Mais je vais plus loin, et suis d'avis qu'on aurait dû déroger au droit civil et imiter la loi belge de 1865, d'après laquelle le mari ne peut retirer le dépôt fait par sa femme. L'intérêt en jeu est tellement considérable qu'il permettait cette atteinte aux droits du mari. Il est indispensable, en effet, de permettre à la mère de famille, surtout de la classe ouvrière, de soustraire

(1) Il faudrait lire les rapports, discussions, amendements, contre-projets, luttes entre le Sénat et la Chambre. On verrait que ce ne sont pas seulement les juristes de la vieille école qui défendent le principe si battu en brèche de l'autorité maritale.

d'une façon efficace une partie des ressources du ménage à un mari ivrogne ou dissipateur, afin de prémunir la famille contre le chômage ou les maladies.

Mais autre chose est faire des réformes partielles, dont on peut mesurer la portée, autre chose est bouleverser de fond en comble la législation, en rayant un principe plusieurs fois séculaire. Je ne puis mieux terminer cette discussion qu'en citant ces paroles de M^{me} Arvède Barine : « Il n'y a pas de répugnance, dit-elle, ou de préjugé qui puisse tenir contre la force majeure. Comment le mariage pourra-t-il subsister quand personne dans un ménage, n'aura le dernier mot ; quand les deux époux seront deux puissances égales en force, dont aucune ne pourra contraindre l'autre. C'est là une impossibilité matérielle (1). »

(1) *Journal des Débats*, 18 septembre 1894.

La question féministe en Angleterre.

CHAPITRE II

FEMME COMMUNE EN BIENS OU MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

C'est la civilisation antique, l'idée païenne de la conservation et de la restitution de la dot, afin de favoriser les mariages et les secondes unions, qui a fondé le régime dotal. Et il est curieux de voir dans l'histoire comment ce régime dotal a contribué à l'émancipation ou plutôt au libertinage des femmes, au relâchement du lien conjugal et à la corruption des mœurs (1). C'est, au contraire, l'idée chrétienne de l'égalité des deux sexes, le culte mystique des Germains pour la femme, joint au goût du Moyen Age pour les associations qui a engendré le régime de communauté.

Sous ce régime, on trouve trois espèces de biens : les biens propres de chaque époux et les biens communs. Le mari a sur le patrimoine de sa femme, outre l'usufruit, le pouvoir d'un administrateur ordinaire (2),

(1) Platon proscrivait la dot de sa République. Alors, dit-il, les femmes seront moins insolentes, les maris moins esclaves et moins rampants devant elles.

(2) Je crois avec M. Troplong (t. II, n° 974) et M. Guillouard (t. II,

patrimoine plus ou moins considérable, pouvoirs plus ou moins grands suivant les clauses du contrat, pouvoirs qui peuvent même être donnés en totalité ou en partie à la femme (art. 1387).

Il a sur le patrimoine commun des pouvoirs très étendus — exorbitants pour quelques juristes — qu'explique sa qualité de co-propriétaire et que l'art. 1388 interdit d'une façon formelle de transmettre à la femme.

Dans l'ancien droit, le mari était *seigneur et maître* de la communauté ; il pouvait disposer des biens communs, même à titre gratuit, sauf le cas de fraude. Le rôle de la femme était très effacé. Ses droits alors n'étaient que « latents et sans aucune portée présente (1) ; » suivant le saisissant langage de Dumoulin : *non est proprie socia, sed speratur fore*.

n° 739) que le droit d'administration des biens de la femme, donné au mari, repose sur la puissance maritale, dont il est un des attributs. Conséquence : serait nulle la clause d'un contrat de mariage stipulant que le mari ne pourra administrer les propres de sa femme qu'avec l'autorisation de celle-ci. « Autre chose, dit avec raison M. Guillouard (t. I, n° 120) est la clause laissant à la femme commune l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens ; c'est un mélange licite de la communauté et de la séparation de biens. Le mari n'a de droit que sur une partie du patrimoine de la femme ; mais sur cette partie, son autorité est entière. »

D'après M. Laurent, au contraire, (t. XXII, n° 121) le motif de l'attribution au mari de ces pouvoirs d'administration, c'est que la communauté a la jouissance des propres de la femme ; séparer l'administration et la jouissance, c'eût été créer des conflits incessants.

(1) Chambéry. D. 86, 2, 33.

Aujourd'hui il n'en est plus de même. Le mari n'est plus seigneur et maître ; il ne peut plus disposer à titre gratuit des immeubles communs ; l'art. 1422 ne lui permet la disposition à titre gratuit que du mobilier. Le mari est simplement le chef de la communauté. Et, c'est avec raison, nous le verrons, que le législateur en a ainsi décidé.

Quant à la femme, il n'est plus vrai de dire *non est socia, sed speratur fore*, tant à cause des restrictions apportées par le code aux droits du mari qu'à cause de l'intervention de la femme dans la gestion du mari, par son hypothèque légale, le droit qu'elle a d'y renoncer ou d'y subroger. Elle est co-propriétaire des biens communs ; mais le législateur, pour des motifs dont nous apprécierons la valeur dans un des chapitres suivants, a proclamé le mari le chef de la communauté et a ainsi écarté le projet, présenté par Cambacérés à la Convention et donnant au mari et à la femme des droits égaux d'administration (1).

La Cour de Chambéry, dans l'arrêt cité plus haut, dit le contraire ; c'est une erreur et dans une note placée au bas de cet arrêt, l'éminent professeur de la Faculté de droit de Lyon (2), critique cette formule exagérée et les conséquences que la Cour en tire. Nous y reviendrons.

(1) Cette intervention est rendue plus fréquente et plus efficace encore par la jurisprudence qui étend l'hypothèque légale de la femme aux conquêts de communauté.

(2) M^r Flurer.

Les pouvoirs de chef, qui appartiennent au mari, passent-ils sur la tête de la femme en cas d'interdiction du mari ou de son placement dans une maison d'aliénés ?

Non, dans le premier cas, c'est le tuteur du mari qui administrera la communauté, mais dans les limites seulement des pouvoirs d'un tuteur, qui sont bien moins étendus que ceux d'un mari. Cette thèse est adoptée par la presque unanimité des auteurs.

Dans le 2^e cas, c'est l'administrateur nommé en vertu de la loi du 30 juin 1838 qui remplace le mari (Req. 2 juillet 1886, D. 87. 1. 133).

Même solution en cas de conseil judiciaire.

Ces solutions sont peut-être juridiques ; elles me paraissent cependant étranges. Si le mari est chef de la communauté en effet, c'est qu'il fallait pour l'unité de direction du ménage un chef à l'association conjugale et que les lois naturelle lui donnaient ce rôle. Mais ce n'est pas à cause d'une prétendue infériorité de la femme. Dès lors, quand le mari devient, pour une raison ou pour une autre, incapable d'administrer la communauté, quelle raison s'oppose à ce que la femme succède à ses droits ? Les motifs qui ont fait le mari chef de la communauté cessant, la règle doit disparaître.

Puis, qui ne voit que ce seront le plus souvent des conflits entre la femme et le tuteur ?

Nous allons examiner maintenant les conséquences des règles générales que nous venons d'exposer, sur la capacité civile de la femme commune.

Dans quelle mesure la femme peut-elle s'obliger et obliger la communauté?

Si elle a contracté sans être autorisée de son mari, elle ne peut obliger la communauté. C'est la règle générale et le même principe s'applique aux quasi-contrats, aux quasi-délits et aux délits de la femme, sauf en cas de délits ruraux, forestiers, de pêche ou de contravention aux lois sur les contributions indirectes.

Elle engage la communauté et par suite les biens du mari, si elle a été autorisée par le mari. La femme évidemment est obligée personnellement et si le mari tombe en faillite, obtient un concordat, la femme sera tenue d'acquitter la totalité de la dette, mais la communauté ne pourra être poursuivie que pour le dividende promis au concordat.

La règle que les obligations contractées par la femme avec l'autorisation du mari obligent la communauté souffre deux exceptions :

1) En cas de dettes de successions immobilières échues à la femme (art. 1413).

2) En cas de vente d'un immeuble de la femme — celle-ci sera seule tenue de la garantie, sauf clause contraire, bien entendu (art. 1432).

Faut-il généraliser ces exceptions et dire que la femme s'obligera seule et non la communauté, toutes les fois qu'elle aura contracté, avec l'autorisation de son mari, dans son intérêt exclusif? On l'a soutenu (1),

(1) Troplong, II, n^{os} 846, 1229, 1231. — Duranton, XIV, n^o 248.

c'est, je crois, une erreur (1). L'art. 1419, en effet, est formel ; il pose comme principe général que toute obligation contractée par la femme, autorisée de son mari, engage la communauté. Les seules exceptions sont celles des art. 1413 et 1432, que les principes généraux du droit en matière d'interprétation défendent d'étendre. Puis, ce serait une question bien délicate et bien féconde en procès que de savoir si une obligation est dans l'intérêt exclusif de la femme.

Quand la femme, dans ses engagements, agit comme mandataire du mari, elle ne s'oblige pas : elle oblige seulement la communauté et le mari. Il a été jugé (Besançon 18 nov. 1862. D. 62. 2. 212), que la femme n'était pas un mandataire ordinaire ; que notamment, elle n'a pas de compte à rendre et qu'elle n'est soumise qu'à l'action de *in rem verso* jusqu'à concurrence de son profit.

Le mandat du mari est présumé pour toutes les dépenses qui concernent le ménage, mais la femme ne peut engager le mari et la communauté que dans les limites des dépenses nécessaires ou utiles. Si le mari s'est fait décharger par les tribunaux en tout ou en partie des engagements contractés par sa femme, celle-ci, sauf le cas de fraude, n'est pas obligée envers les fournisseurs, ce qui arrive pour les dépenses de luxe

(1) *Sic.* Rouen, 27 mai 1834. D. 34, 2, 248. — Demolombe, II, n° 340. — Aubry et Rau, V, § 509. — Guillouard, IV, n° 833. — Laurent XXII, n°s 76 et 77. — Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis*.

et disproportionnées avec la fortune des époux (1).

En cas de séparation volontaire ou amiable, c'est une question de fait. Si, par exemple, la femme a repris sa fortune ou reçoit du mari une pension suffisante, le mandat tacite ne peut être admis.

Tel est l'avis d'une jurisprudence constante.

Quand la femme a été autorisée à faire un commerce distinct et séparé et qu'elle contracte pour son négoce, elle s'oblige valablement et oblige la communauté.

Ici se pose la question de savoir si la femme, autorisée par le mari à faire le commerce, v. g. exercer la profession d'artiste, peut toucher directement ses appointements. Je le crois, malgré l'avis contraire de M. Laurent (t. XXII, n° 124). Par son autorisation, en effet, le mari l'a implicitement autorisée à toucher les revenus qui en proviendront.

Les auteurs et la jurisprudence décident que la justice peut autoriser la femme, non seulement à emprunter mais aussi à vendre un immeuble commun. Cela est équitable. Une aliénation est souvent plus profitable ou moins onéreuse qu'un emprunt.

Nous l'avons vu au début de ce chapitre, c'est le mari qui administre la communauté.

Droits de la femme sur les biens communs pendant la communauté. — Quels sont les droits de la femme, durant la communauté sur les biens communs ?

(1) Guillouard, t. II, n° 873. — Aubry et Rau, t. V, § 509. — Cass., 30 novembre 1868. S. 69, 1, 219.

Le mari a besoin du consentement de sa femme pour donner les immeubles communs (1). Mais là se bornent le rôle et les droits de la femme. Elle n'a d'autre contrôle à exercer sur les actes du mari relatifs aux biens communs que celui qui résulte de son hypothèque légale. Et encore faut-il pour qu'elle puisse exercer ce contrôle que l'acquéreur ou l'emprunteur exigent pour leur sûreté, la renonciation ou la subrogation à leur profit par la femme de son hypothèque légale et par suite, son concours à l'acte. S'ils ne l'exigent pas, la femme est désarmée pendant la communauté ; elle ne peut rien dire, *en droit*, quelque désavantageuses, quelque désastreuses que puissent lui paraître les opérations du mari.

Elle n'a d'autre ressource que de demander la séparation de biens, en cas de péril de la dot. C'est une arme défensive, puissante pour elle. Nous verrons, en effet, combien la jurisprudence et la doctrine sont larges dans l'interprétation de ces mots « péril de la dot ».

Sans doute, si le mari a fait des actes en fraude des droits de sa femme ou des actes excédant ses pouvoirs v. g. une donation d'immeubles communs, la femme a-t-elle le droit d'en demander la nullité ? A-t-elle ce

(1) On a contesté autrefois le droit pour le mari et la femme réunis de donner les immeubles de la communauté. Je n'en vois pas les raisons. Une jurisprudence, aujourd'hui fixée, a condamné cette thèse, qui aboutissait à rendre à peu près impossible les partages d'ascendants.

droit durant la communauté? Non, disent la doctrine et la jurisprudence avec raison : ce n'est qu'après l'acceptation de la communauté que la femme peut se dire lésée par ces actes et par suite les attaquer.

Un arrêt cependant (Cass. 1^{er} février 1850, D. 50, 2, 162) permet à la femme d'intenter cette action en nullité pendant le mariage. Mais il se borne à affirmer cette thèse, sans l'appuyer d'aucun argument juridique, ce qui eût été d'ailleurs difficile.

Droits de la femme sur ses biens propres. — Nous arrivons maintenant aux biens propres de la femme.

Quels sont ses droits sur ses biens?

Elle a sur eux les droits d'un propriétaire; le mari a sur eux les pouvoirs d'un administrateur. De là résulte que la femme peut et doit intervenir dans tous les actes qui exigent le concours du propriétaire et qu'elle ne peut critiquer les actes du mari, qui n'outrepassent pas les pouvoirs d'un administrateur. Cette formule donne, je crois, une idée assez nette de la capacité de la femme commune relativement à ses biens propres.

Conséquences : la femme ne peut opposer le défaut de date certaine des actes d'administration du mari. Ce dernier, en effet, n'est que le mandataire de la femme; par conséquent, celle-ci mandante, a été partie à l'acte (Cass. 13 mars 1854, S. 54, 1, 529. — Nancy, 25 juillet 1868, S. 69, 2, 86).

Peut-elle, durant la communauté, demander la nul-

lité des aliénations que le mari a fait de ses immeubles personnels sans son consentement ? (1)

M. Laurent (t. XXII, n° 158) soutient que non. Cette opinion ne nous surprend pas ; elle n'est que la conséquence du système par lui admis, et qui défend à la femme acceptante de revendiquer. Or, comment pourrait-elle revendiquer à une époque, où elle ne sait si elle aura jamais le droit d'agir.

D'autres arrivent au même résultat, mais fondent leur solution sur d'autres raisons. La jouissance de l'immeuble propre de la femme, disent-ils, appartient au mari ; ce dernier a donc pu l'aliéner et l'acquéreur peut, à ce titre, conserver l'immeuble tant que dure la communauté (2).

(1) A la dissolution du mariage, elle a ce droit incontestablement. Mais il existe des divergences profondes dans la doctrine, sur l'étendue de ce droit, en cas d'acceptation par la femme de la communauté. Etudiant dans cet ouvrage la condition de la femme commune et non les droits à elle accordés à la dissolution de la communauté, nous ne pouvons examiner la question. Nous renvoyons à une note remarquable de M. Flurer (D. 86, 2, 33) qui la traite entièrement. Nous partageons absolument la manière de voir de notre éminent professeur et croyons avec lui que la femme acceptante peut revendiquer pour la totalité, car l'art. 1428 interdit d'une façon absolue, au mari, l'aliénation des immeubles de la femme et n'exclut pas cette dernière du bénéfice de sa disposition en cas d'acceptation. Mais elle sera tenue de la moitié des dommages-intérêts ou rétributions, l'obligation de garantie étant une dette de communauté, sauf son recours contre son mari.

En outre, la femme a contre son mari une action en indemnité, qu'elle peut intenter, au lieu et place de l'action en revendication.

(2) Troplong, II, n° 988. — Chambéry, 6 mai 1885. D. 86, 2, 33.
— Bastia, 6 mai 1886. D. 86, 2, 303.

D'autres enfin (1) font une distinction. La femme pourra revendiquer, *constante matrimonio*, avec l'autorisation du mari, mais non avec l'autorisation de justice. « Il serait contraire à l'esprit de la loi que la femme put, malgré l'opposition du mari, intenter une action qui, devant réfléchir sur ce dernier, serait de nature à troubler la paix du ménage. » Mais, comme le répond très bien M. Flurer, « l'autorisation de justice est faite pour cela ; chaque fois qu'elle intervient au refus du mari, elle a pour but de permettre à la femme de faire un acte désapprouvé par le mari. Tenir compte du mécontentement que peut éprouver ce dernier, c'est supprimer presque absolument l'autorisation de justice. »

Je suis donc d'avis que la femme pourra dans tous les cas, pendant la communauté, revendiquer son immeuble indûment aliéné par le mari. Qu'on n'objecte pas le défaut d'intérêt de la femme qui n'a pas, pendant la communauté, la jouissance de ses immeubles. Si, la femme a un intérêt : elle peut toujours craindre que l'acquéreur ne détériore l'immeuble.

La femme peut-elle s'opposer à ce que son mari vende les meubles qu'elle s'est réservé en propre ?

La négative est certaine pour les choses fongibles, — car la communauté est seulement débitrice de leur valeur — et pour les meubles non fongibles, quand l'ac-

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 510, note 26. — Guillouard, t. II, n° 810 et 811. — Rodière et Pout, *Contrat de mariage*, n° 911 à 914.

quéreur peut arrêter la revendication de la femme par l'art. 2279.

En dehors de ces deux cas — et cependant la question est encore discutée — je crois que la femme peut s'opposer à l'aliénation de ses meubles propres, et l'aliénation une fois accomplie, les revendiquer, sauf l'art. 2279. Par application de ce principe, le mari n'a pas le droit, sans le consentement de sa femme, de céder une créance même échue, comprise dans les apports de cette dernière (1).

J'invoque comme argument que la femme reste propriétaire de ses meubles réalisés, et que par suite, en vertu du droit commun, il faut son consentement. Nos adversaires disent : mais la communauté devient propriétaire, sauf le droit de reprise de la femme. C'est une pure affirmation — inexacte d'ailleurs.

C'est, non pas au mari, mais à la femme par lui autorisée, qu'appartient l'exercice des actions immobilières. Le mari ne peut les intenter que dans la mesure de son droit de jouissance et si la femme n'a pas été partie à l'instance, le jugement ne pourra lui être opposé et elle ne pourra l'opposer.

(1) Besançon, 20 mars 1850. S. 50, 2, 445. — Paris, 3 janvier 1852, S. 52, 2, 133. — Cass., 5 nov. 1860. D. 61, 1, 81. — Cass., 4 août 1862. S. 62, 1, 943. — Cass., 17 déc. 1872. D. 73, 1, 154.

Guillouard, t. II, n° 811. — Laurent XXII, n° 162, 164. — Colmet de Santerre, VI, n° 71.

Contrà. — Aubry et Rau, t. II, § 522. — Paris, 23 mai 1868. S. 69, 2, 294. — Cass., 21 juin 1870. D. 71, 1, 294.

Nous venons d'examiner la capacité de la femme relative aux biens communs et à ses biens propres.

A-t-elle des pouvoirs, un contrôle sur les biens propres de son mari ?

Droits de la femme sur les biens personnels du mari.

— Aucun et ceci est une innovation — heureuse ou fâcheuse, je ne sais — du Code civil. Dans l'ancien droit, en effet, grâce au douaire elle était investie d'un rigoureux pouvoir de contrôle sur l'administration des propres du mari.

Quelle est l'origine du douaire ? Vient-il du *marghen-hab* ou don du matin des Germains ? Était-il, comme l'enseignait Cujas, le prix de la défloration de la femme ? La question est assez obscure : il serait intéressant de la rechercher, mais cela dépasserait les limites de cet ouvrage. Nous nous contenterons de donner quelques mots rapides sur cette institution.

Le douaire était un droit de survie accordé à la femme et consistant en un droit d'usufruit sur les biens personnels du mari, Qu'il fut préfix ou coutumier, le douaire frappait d'indisponibilité les propres du mari. Pendant le mariage, le mari ne pouvait les aliéner, les hypothéquer ou plutôt ces actes étaient nuls au regard de la douairière et de l'exercice ultérieur de ses droits.

Le droit civil a supprimé le douaire, sans le remplacer par rien d'équivalent. A-t-il bien fait ? La question est assez délicate. Jules Favre, en 1866, au Corps législatif, à propos du droit des veuves sur la propriété des

œuvres de leur mari, a éloquemment signalé les regrettables lacunes, laissées, à son avis, dans notre législation par la disparition du douaire.

Il me semble cependant que cette disparition ne soit pas bien à déplorer. Le douaire, dans l'ancien droit, était indispensable à cause des pouvoirs considérables du mari sur les biens communs et aussi par la rudimentaire et mauvaise organisation du régime hypothécaire. Aujourd'hui les pouvoirs du mari sont diminués ; l'hypothèque légale est une sauvegarde puissante et, je crois, suffisante. Le douaire présentait, en outre, l'énorme inconvénient de frapper les biens du mari d'immobilité et d'apporter par suite une entrave considérable au développement de la richesse. Cette raison seule, à mon avis, suffit à en justifier l'abolition.

Mais si le douaire a disparu, il existe, dans notre législation, un droit de survie accordé à la femme, comme d'ailleurs au mari, par la loi du 9 mars 1891. Cette loi, dans le détail de laquelle nous ne pouvons pas entrer, donne à l'époux survivant un droit successoral sur les biens de son époux *intestat* (nouvel art. 767 C. civ.) et une créance alimentaire (nouvel art. 207 C. civ.). Aucune sûreté spéciale n'est donnée à la femme pour ces créances. Le législateur de 1891 n'aurait-il pas sagement agi en décidant, par une disposition peu juridique, je l'avoue, mais équitable, que l'hypothèque légale garantirait ces diverses créances contre la succession du mari ? Je le crois. C'eût été ainsi rétablir les

avantages du douaire, tout en écartant ses inconvénients.

Critique. — Un mot de critique maintenant pour terminer cette trop longue étude.

On a fait d'acerbés et de nombreux reproches à ce régime de communauté. Nous le verrons plus loin (chap. v), ils s'adressent, en effet, au régime de communauté envisagé comme régime de droit commun et non à la communauté conventionnelle car, dans ce cas, les diverses clauses du contrat permettent de remédier aux inconvénients signalés.

Je fais à ce régime deux reproches :

Le premier est grave, car on ne peut y remédier par contrat, l'art. 1388 s'y opposant ; je veux parler des pouvoirs, en apparence très restreints, en réalité exorbitants, accordés au mari par l'art. 1422 au point de vue de l'aliénation du mobilier commun.

Le second, c'est cette répartition des meubles et des immeubles, basée sur cet antique adage, *res mobilis, res vilis*, aujourd'hui vieilli et en complet désaccord avec les faits économiques.

Mais, ces réserves faites, ce régime matrimonial est, à mon avis, le plus conforme à l'idée du mariage, aux attributions et au rôle naturel de l'homme et de la femme dans le ménage, le plus utile aux intérêts moraux ou pécuniaires de la famille et à la prospérité de l'association conjugale. Comme contre-partie des pouvoirs donnés au mari, la femme a des prérogatives con-

sidérables, constituant un puissant moyen d'action et aussi, à défaut, une sauvegarde énergique.

L'hypothèque légale de la femme a été attaquée par quelques jurisconsultes ou économistes.

Issue de la dotalité romaine disent les uns (Wolowski, *Revue, de législation* t. XXV de la société conjugale), l'hypothèque légale se comprend pour assurer la conservation de la dot, dans un régime qui exclue l'épouse de toute collaboration avec le mari et la confine dans une inertie complète. Mais elle est incompréhensible dans le régime de communauté, qui fait de la femme l'associée du mari et qui l'appelle à bénéficier de la prospérité de l'association conjugale. Si la bonne fortune est commune, pourquoi vouloir que la mauvaise fortune ne le soit pas ? L'hypothèque légale, sous ce régime, n'est qu'un contre-sens en théorie, qu'une déception et un piège dans la pratique, car la femme y renonce presque toujours.

D'autres (*Observations de la faculté de droit de Paris sur le régime hypothécaire*, t. II, p. 443 et seq.) disent : c'est dans la communauté, au contraire, que l'hypothèque légale doit exister. Sous ce régime, en effet, il n'y a en réalité qu'un patrimoine, une seule personne, une seule pensée, une seule volonté ; il n'y a que le mari. Elle est indispensable pour éviter « l'absorption du plus faible par le plus fort. » Mais pour qu'elle ait quelque utilité, défendez à la femme d'y renoncer, d'y subroger, ou du

moins pour des actes aussi graves, faites intervenir la justice.

Je ne partage nullement ces manières de voir et je trouve que le système actuel de notre Code est le plus simple, le plus rationnel, le plus équitable. L'hypothèque légale est nécessaire pour, suivant la pittoresque et très juste expression de M. Paul Gide (1), garantir à la femme « la sécurité dans l'inaction » forcée où elle se trouve pendant le mariage. C'est l'hypothèque légale qui aboutit à ce résultat de faire de la communauté une véritable association et non une société régie par le droit du plus fort. La supprimer dans le régime de communauté, c'est méconnaître les principes fondamentaux de la communauté, principes sanctionnés d'une façon plus rigoureuse encore dans l'ancien droit par la douaire ; c'est sacrifier la femme et sa dot à l'omnipotence souveraine et tyrannique du mari, ou si l'on veut éviter ce résultat en proclamant l'inaliénabilité de la dot, c'est adopter forcément, comme régime de droit commun, les règles inflexibles de la dotalité romaine.

Et cette hypothèque qu'on doit maintenir, il faut de toute nécessité permettre à la femme d'y renoncer ou d'y subroger. Alors « de même que la femme n'agira jamais sans l'autorisation de son mari, celui-ci, de son côté, agira presque toujours avec le concours de sa femme ; la collaboration sera ainsi incessante (2). »

(1) *Op. cit.* Gide, p. 543.

(2) Gide, *op. cit.*, p. 545.

Cette faculté peut, sans doute, être quelquefois dangereuse. Mais vouloir la priver de ce droit, c'est lui enlever toute part d'influence au foyer, la figer dans une immobilité complète, la rendre indifférente aux affaires domestiques ou la contraindre à demander la séparation de biens. C'est, en voulant protéger la femme, la sacrifier et l'annihiler, apporter des obstacles considérables aux transactions et à la vie civile de tous les jours.

Ces projets de réforme d'ailleurs ne sont pas près d'aboutir, si jamais ils aboutissent. Le législateur de 1889 (1), en fixant avec sagesse les conditions et les garanties de cette subrogation, a montré qu'il n'entendait pas rayer de nos Codes l'hypothèque légale, pas plus que le droit pour la femme d'y renoncer ou d'y subroger. Félicitons en nos législateurs modernes ; ils le méritent, c'est assez rare.

(1) Loi du 13 février 1889.

CHAPITRE III

FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ

Nous n'avons que deux mots à dire sur la condition de la femme mariée sous ce régime.

Elle est la même que sous le régime de communauté. Le mari a l'administration et la jouissance des biens personnels de sa femme, qui en conserve la propriété, et ne peut par suite engager, par ses contrats, que la nue propriété de ses biens.

La seule question importante est celle de savoir quel est le droit de la femme sur les produits de son industrie. Nous l'examinerons au chap. VII.

C'est le mari seul qui a droit aux économies faites pendant le mariage. La femme peut, cependant, en vertu du principe de l'art. 1387, se réserver la jouissance d'une partie de ses revenus. Dans ce cas, je crois, les économies faites sur ses revenus lui appartiendront (1).

Par suite des inconvénients de ce régime, compensés par aucun avantage, il est extrêmement rare en pratique.

(1) Guillouard, t. III, n° 4663. — Aubry et Rau, V, § 530. — Laurent, XXIII, n° 432. — Colmet de Santerre, VI, § 499 bis.

CHAPITRE IV

FEMME DOTALE

La capacité d'une femme dotale est différente suivant qu'il s'agit des biens dotaux ou des biens paraphernaux. Pour ces derniers, sa capacité est la même que celle de la femme séparée de biens. Nous l'étudierons dans le chapitre suivant.

Quant aux biens dotaux, la femme en reste propriétaire. Cela est un point indiscuté et seul M. Troplong (*Contrat de mariage*, t. IV, n° 1302) a soutenu le contraire. Dans trois cas, le mari devient propriétaire de la dot. C'est :

- 1) quand la dot se compose de choses fongibles ;
- 2) quand la dot mobilière est estimée au contrat, sans déclaration que l'estimation n'en vaut pas vente ;
- 3) quand l'immeuble a été constitué en dot, avec déclaration que l'estimation en vaut vente.

Quelles sont les conséquences, au point de vue de la condition de la femme dotale, de ce transfert de la propriété de la dot ?

La femme, n'étant pas propriétaire, ne peut pas la revendiquer à la dissolution du mariage ; elle est simplement créancière du prix d'estimation et ne peut réclamer que cela.

En cas de vente, la femme a-t-elle au moins, comme garantie de sa créance, le privilège du vendeur ?

Quelques arrêts l'ont décidé (Nîmes 20 décembre 1868, Dall. S. *Contrat de mariage* n° 1221.) M. Guillouard approuve cette théorie que combat M. Colmet de Santerre.

Mais de ce que la femme reste propriétaire de sa dot, il n'en faudrait pas conclure qu'elle ait des droits et une capacité étendus. Ce droit de propriété sur sa dot lui donne simplement le droit de la revendiquer à la dissolution du mariage. Rien de plus et pendant le mariage, elle a une capacité très restreinte. Nous allons le voir.

La dot est administrée par le mari ; il en a la jouissance et par suite de l'influence de l'ancienne règle que le mari était *dominus dotis*, ces pouvoirs d'administration sont très larges et très étendus : ils s'appliquent à des actes qui, en principe, excèdent les pouvoirs d'un administrateur et sont l'apanage du droit de propriété (v. g. l'exercice des actions immobilières pétitoires art. 1549.) Quant à leur aliénation, ils ne peuvent être aliénés ni par le mari ni par la femme. C'est le grand principe de l'inaliénabilité du fonds dotal.

A cause de ce principe, la capacité de la femme est restreinte dans des limites bien étroites. La jurisprudence, sans doute — et une jurisprudence unanime — approuvée par tous les auteurs, décide que la femme dotale est capable en principe, mais que ses engagements ne pourront être exécutés sur ses biens dotaux. Cela est vrai, dit-elle, même en cas de dotalité universelle, car alors les engagements de la femme pourront être exécutés sur les biens qui lui écherront après la dissolution du mariage. Un arrêt de Chambéry (1), néanmoins, décide qu'en cas de dotalité universelle, la femme est complètement incapable.

C'est peut-être aller un peu loin. Néanmoins, on le voit, nous avons raison de dire, au début de ce chapitre, qu'en droit la capacité de la femme dotale est moindre que sous les autres régimes et qu'en fait, surtout en cas de dotalité universelle, cette capacité est réduite à une existence à peu près, sinon purement nominale. Qui voudra, en effet, contracter avec une femme dotale si tous ses biens ou la plus grande partie sont dotaux ?

La femme dotale est donc moins capable que sous les autres régimes. A son incapacité ordinaire et normale de femme mariée, vient s'ajouter une incapacité particulière, due au régime de la dotalité.

En disant ceci, nous prenons parti dans une célèbre

(1) Chambéry, 18 nov. 1868. D. Suppl. *Contrat de mariage*, n° 1239.

discussion qui divise encore profondément la doctrine, savoir : *L'inaliénabilité du fonds dotal est-elle une règle d'incapacité ou d'indisponibilité ?*

La jurisprudence, sans adopter d'une façon formelle l'une des deux opinions, semble plutôt se rattacher à la nôtre.

Nous n'avons pas ici à discuter la question. Je veux cependant démontrer, en deux mots, que cette solution est « la mieux appropriée aux besoins de la pratique et la plus conforme à la nature même des choses »(1).

Ce n'est pas à cause de la destination de la dot que le législateur a édicté le principe de l'inaliénabilité. Sous les autres régimes, en effet, la dot a la même destination c'est-à-dire subvenir aux charges du ménage. « Le trait distinctif du régime dotal, comme le dit si bien M. Paul Gide, n'est point dans la destination de la dot, mais uniquement dans la situation de la femme, dans le rôle que la loi lui attribue au sein du ménage, en un mot, dans son incapacité. Au lieu de devenir, comme sous notre régime de droit commun, l'associée libre et active du mari, la femme, sous le régime de la dotalité est encore, ce qu'elle était dans la société antique, séparée d'intérêts avec son mari et retenue par les liens d'une incapacité personnelle dans l'isolement et l'inaction. » Si cette règle a été établie, c'est pour protéger la femme dans les cas où cela est né-

(1) Gide, *op. cit* , p. 340.

cessaire et quand les parties en cause le jugeront utile, contre sa propre faiblesse et aussi contre le mari, dont on craint, pour l'avenir, le désordre et les dissipations. « La femme qui accepte le régime dotal est censée confesser sa propre inexpérience naturelle et appeler au secours de sa faiblesse la protection de la loi. »

Quelles sont, au point de vue de la condition de la femme et de la validité de ses engagements, les conséquences de cette théorie ?

Elles sont nombreuses et intéressantes :

1) Tout d'abord la femme, pendant le mariage, est dans l'impossibilité légale de contracter sur sa dot et cette obligation, qui n'a pu naître valablement reste annulable après la dissolution du mariage, que le mariage soit dissous par la mort du mari ou celle de la femme.

2) La femme ne peut exciper de sa dotalité pour soustraire ses biens dotaux aux obligations, par elle contractées avant son mariage. Elle était, en effet, indépendante et pleinement capable le jour où elle a contracté l'obligation.

3) La femme engage ses biens dotaux par ses délits ou quasi-délits. La jurisprudence est unanime. Et, en effet, le vice de l'obligation disparaît ici, puisque c'est dans la volonté de la femme que ce vice avait son siège.

4) La femme, devenue veuve, peut ratifier l'obligation

par elle souscrite pendant son mariage et en couvrir ainsi la nullité. Tel est l'avis de la jurisprudence, qui n'admet toutefois qu'une ratification expresse.

Evidemment pour ceux qui voient dans l'inaliénabilité une indisponibilité, les conséquences, au point de vue de la condition de la femme, seront inverses de celles-là.

Mais pour tous, les obligations de la femme ne pourront être exécutées, *pendant le mariage*, ni sur les biens dotaux, ni sur leurs revenus qui appartiennent en totalité au mari, pour être employés par lui à l'entretien du ménage. Au cas où la femme s'est réservé la faculté de toucher, personnellement et sur ses seules quittances, une partie de ses revenus, elle peut les engager.

Nous allons maintenant rapidement examiner les conséquences au point de vue de la capacité de la femme de l'inaliénabilité du fonds dotal.

Peut-elle transiger à propos de ses immeubles dotaux? La question est très discutée dans la doctrine et la jurisprudence. Je ne le crois pas. L'art. 2045 s'y oppose formellement. Et cependant la solution contraire est tellement désirable, tellement conforme aux nécessités pratiques qu'on excuse certaines décisions judiciaires d'avoir violé la loi, ou tout au moins mal compris l'art. 2045, pour accorder ce droit à la femme.

Quant au compromis, il est absolument interdit à la femme (arg. art. 1004 et 83, Code civ.).

Elle peut faire un partage d'ascendants, pourvu que ce soit pour l'établissement de ses enfants (art. 1555 et 1556). Sinon, non — car un partage d'ascendants entre vifs est une donation, et, par suite, une aliénation, défendue par les termes et l'esprit de l'art 1554 (1).

La femme dotale peut-elle faire une institution contractuelle ?

Dans le sens de l'affirmation, voici les arguments. La tradition est en ce sens. Ce n'est pas une véritable aliénation ; c'est plutôt un testament irrévocable, elle ne produit d'effet qu'au décès du testateur. Puis, le donateur, conservant la libre disposition des biens donnés, l'institution contractuelle n'a rien de contraire au but du régime dotal, car les revenus de la dot continueront de servir à l'entretien de la famille (2).

Je crois, d'accord avec la presque totalité de la jurisprudence et quelques auteurs (3) la solution contraire préférable.

Il est inexact de soutenir que l'ancien droit admettait l'affirmative. L'institution contractuelle est une véritable aliénation prohibée par l'art. 1554, puisque le donateur se prive d'un attribut essentiel de la propriété : le droit de disposer, à titre gratuit, de l'objet compris dans la donation. D'ailleurs, si on permettait

(1) Toulouse, 31 décembre 1883. D. 84, 2, 81.

(2) Bordeaux, 8 mai 1871. D. 72, 2, 5. — Nîmes, 1 fév. 1867. D. 68, 2, 634.

(3) Demolombe, t. XXIII, n° 284. — Guillouard, t. IV, n° 1852. — Aubry et Rau, t. V, § 537.

l'institution contractuelle, la dot pourrait bien, par ses revenus, subvenir aux besoins de la famille, mais ne pourrait plus servir à l'établissement des enfants communs. Or, c'est là « une des prérogatives les plus importantes de la propriété dotale, prérogative que la femme ne peut abdiquer. »

A cette règle absolue, il faut apporter deux exceptions : quand la femme a des biens paraphernaux ou quand l'institution contractuelle est faite pour l'établissement des enfants.

La femme dotale peut, je crois, faire donation de ses biens dotaux à son mari (1). La question est controversée. Il n'y a aucun motif à la prohiber. En effet les revenus continueront toujours à subvenir aux besoins de la famille et par la possibilité de la révocation, la femme conserva le droit de disposer des biens dotaux pour l'établissement des enfants.

Nous venons de voir les droits accordés ou plus exactement le refus presque total de capacité infligé à la femme, en vertu du principe de l'inaliénabilité. Mais la femme, à qui la loi impose d'une manière si inflexible le respect de ce principe établi en sa faveur, peut-elle, à son tour, le faire respecter par son mari ?

Oui, mais par quels moyens ? Il faut distinguer.

(1) Caen, 8 mai 1866. D. 67, 2, 161. — Aubry et Rau, t. V, § 537. — Guillouard, t. IV, n° 1869.

Contrà. — Demolombe, t. VI, n° 464. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 226.

Si l'immeuble dotal, vendu par le mari, au mépris de la dotalité, n'est pas encore livré, la femme a l'exception de dotalité. Si, au contraire, l'immeuble a été délivré, la femme a une action révocatoire (art. 1560), qui présente des caractères différents suivant que la vente a eu lieu par la femme et le mari conjointement ou par le mari sus-nommé.

Dans le premier cas l'action révocatoire est une véritable action en nullité, basée sur l'incapacité de la femme. A la dissolution du mariage, elle peut ou ratifier la vente ou exercer son action pendant un délai de 10 ans (art. 1304). En cas d'éviction, elle n'est tenue que dans la mesure de son enrichissement, alors même qu'elle eût fait une déclaration mensongère, pourvu qu'elle ne se soit pas rendue coupable de manœuvres dolosives. Ce sont les principes des art. 1307, 1310, 1312 et la jurisprudence les applique avec sévérité.

N'est-ce pas beaucoup de rigueur et ne devrait-on pas dire, qu'en cas de déclaration mensongère, la femme sera tenue de la restitution du prix sur ses paraphernaux? Je le crois; néanmoins la jurisprudence est contraire (1).

Mais que décider au cas où la femme aura *cautionné* la vente de son immeuble dotal sur ses paraphernaux?

Si je pose la question, c'est que la validité d'une pa-

(1) Pau, 26 juin 1857. S. 69, 2, 69. — Riom, 5 décembre 1883. D. 83, 2, 84.

reille clause est vivement contestée (1). L'article 1560 *in fine*, dit-on, s'y oppose. D'ailleurs, ajoute-t on, à quoi bon, pour la femme, reprendre son bien dotal, si l'avantage que son patrimoine y trouve est anéanti par la disparition d'une égale quantité de biens paraphernaux ?

Je crois la solution contraire plus juridique. La femme, en effet, n'est incapable que par rapport à ses biens dotaux ; ses paraphernaux sont de libre disposition et rien ne s'oppose à ce que la garantie, par elle donnée, soit exécutée sur eux. Quant à l'art. 1560, il est étranger à la question et ne règle que les conséquences légales de la vente du bien dotal (2).

Ce qu'il y a de certain et de contesté par personne, c'est qu'un pareil cautionnement de la part de la femme ne la prive jamais du droit de revendiquer l'immeuble dotal. Incapable d'aliéner, en effet, elle est incapable de s'engager à respecter l'aliénation qu'elle en ferait.

Dans le deuxième cas — quand le mari a vendu l'immeuble dotal *suo nomine* — l'action révocatoire de la femme est une véritable action en revendication, qui ne s'éteint que par la prescription acquisitive.

En outre, la femme a contre son mari une action en

(1) Troplong, t. IV, n° 3344. — Gide, *Revue critique*, 1866, p. 89. — Jouitou, *Régime dotal*, n° 219. — Jurisprudence nombreuse, mais ancienne.

(2) *Sic.* Aubry et Rau, V, § 537. — Colmet de Santerre, VI, n° 232 bis. — Tessier, *De la dot*, II, p. 76. — Cass., 20 juin 1853. D. 53, 1, 265.

dommages intérêts fondée sur l'art. 1382 et garantie par l'hypothèque légale.

On l'a vu, la femme dotale peut, dans certains cas spécialement et limitativement déterminés par les art. 1555 et seq., aliéner les immeubles dotaux avec l'autorisation de son mari, ou à défaut, de justice. La jurisprudence lui refuse énergiquement maintenant, après quelques hésitations, le droit d'hypothéquer. Elle a raison. L'hypothèque est une arme trop dangereuse et d'autant plus dangereuse qu'elle paraît inoffensive.

C'est le mari qui a l'administration et la jouissance de la dot. La femme pourrait elle se les attribuer par contrat de mariage ? Les uns (1) disent non, se fondant sur la tradition et les travaux préparatoires. Je crois que la clause est valable. En effet, aucun texte n'interdit de déroger à l'art. 1549, qui confie l'administration de la dot au mari. L'art. 1387 pose le principe de la liberté des conventions matrimoniales et l'art. 1388, qui y apporte certaines restrictions, ne parle, quant aux pouvoirs du mari sur les biens, que du régime de communauté (2).

La femme pourrait, sans aucun doute, stipuler qu'elle pourra toucher tout ou partie de ses capitaux dotaux,

(1) Tessier, *De la dot*, I, p. 86. — Troplong, I, n° 69. — Aubry et Rau, V, § 536, note 16. — Lyon-Caen, note. S. 86, 1, 161. — Labbé, *Revue critique*, 1887, p. 442.

(2) *Sic.* Cass., 31 juillet 1861. D. 62, 1, 113. — Cass., 17 fév. 1886. D. 86, 1, 249. — Laurent, XXI, n° 126.

avec l'autorisation de son mari et à la charge d'en faire emploi (1).

La faculté donnée à la femme d'aliéner, d'hypothéquer ou d'engager ses biens dotaux ne lui permet pas de céder ses reprises ou de renoncer à son hypothèque légale (2).

La femme n'a aucun droit sur l'administration de la dot. Cependant elle peut exiger, même sans demander la séparation des biens, que le mari fasse le remploi (3). Elle doit intervenir dans une action en partage. Pourquoi ? Parce que le pouvoir du mari sur la dot mobilière, étant beaucoup plus considérable que sur la dot immobilière, il pourrait se faire attribuer des meubles de préférence aux immeubles.

Mais ce sont les seuls droits accordés à la femme. Le mari a *seul* l'administration de la dot ; il a *seul* l'exercice des actions dotales ; et la femme n'aurait pas le droit d'agir, en cas de négligence ou de mauvais vouloir du mari, même s'il y a urgence (4).

La femme est garantie par l'imprescriptibilité, par

(1) Rouen, 29 fév. 1856. S. 57, 2, 734. — Cass., 13 nov. 1876. D. 78, 1, 111.

(2) Aubry et Rau, V, § 537, note 65. — Cass., 4 juin 1866. S. 68, 1, 281. Cass., 2 juillet 1866. S. 66, 1, 315. — Cass., 17 déc. 1866. S. 67, 1, 114. — Cass., 7 Avril 1868. S. 68, 1, 270.

(3) Aubry et Rau, V, § 537, note 75. — Cass., 2 août 1851. S. 52, 2, 182. — Cass., 20 décembre 1852. D. 53, 1, 120.

(4) Colmet de Santerre, VI, n° 221 *bis*. — Laurent, XXV, n° 473. — Guillouard, t. IV, n° 1783.

son hypothèque légale et par le droit de demander la séparation de biens.

Dot mobilière.

Une jurisprudence unanime a décidé, — à tort ou à raison, ce n'est pas ici le lieu de l'examiner — l'inaliénabilité de la dot mobilière, mais au regard de la femme seulement. Quelles sont les conséquences, au point de vue de la condition et de la capacité de la femme dotale, de ce système de la jurisprudence, si « toutefois on peut donner le nom de système à un ensemble de solutions qui paraissent ne pas se rattacher à un même principe (1). »

La femme ne pourra pas céder sa créance contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, ni renoncer à cette créance ou en recevoir le prix (2).

Elle ne peut ni subroger à son hypothèque légale, ni y renoncer, ni faire des cessions de priorité. Ce résultat est désastreux pour le crédit du mari dont les immeubles sont, pour ainsi dire, de nulle valeur dans ses mains, puisque le prix peut toujours en être absorbé par l'hypothèque légale de la femme (3).

La femme ne peut également transiger ou compromettre sur ses biens dotaux mobiliers.

Le contrat de mariage peut autoriser la femme à

(1) Beaudry, t. III, n° 420.

(2) Cass., 27 avril 1880. D. 80, 1, 431. 4 juillet 1881. D. 82, 1. 194.

(3) Guillouard, t. IV, n° 2064.

aliéner sa dot mobilière. Peut-elle, dans ce cas, céder ses reprises ou renoncer à son hypothèque? Je ne le crois pas et une jurisprudence constante le décide ainsi.

Société d'acquêts jointe au régime dotal.

Quelle est l'influence de cette clause sur la capacité de la femme?

Aucune, à mon avis.

L'administration de la société d'acquêts appartient au mari; il conserve également l'administration et la jouissance des biens dotaux.

Mais que décider pour les biens paraphernaux?

Seront-ils administrés par la femme, comme sous le régime dotal pur et simple et sauf à elle à remettre au mari les économies faites sur ses revenus?

M. Colmet de Santerre dit : c'est le mari qui aura l'administration des paraphernaux (1). Je vois que c'est une erreur. « En effet, les règles essentielles du régime dotal ne peuvent être modifiées par l'adjonction d'une société d'acquêts. Or l'administration par la femme de ses paraphernaux est une règle du régime dotal aussi essentielle que celle de l'administration par le mari des biens dotaux. Lorsque la femme a adopté le régime dotal et qu'elle s'est constitué en dot une partie de ses biens, elle a voulu que les biens, laissés en dehors de

(1) Colmet de Santerre, VI, n° 232 bis. — Tessier, Société d'acquêts, n° 81. — Laurent, t. XXIII, n° 391.

la dot, fussent paraphernaux c'est-à-dire aliénés et administrés par elle (1). »

D'ailleurs, comment la société d'acquêts établie en faveur de la femme, afin de lui permettre de partager les économies des biens dotaux, que le régime dotal pur et simple donne en totalité au mari, pourrait-elle porter préjudice à la femme et lui enlever l'administration des biens, qu'elle n'a pas voulu se constituer en dot ?

On objecte que cette indépendance de la femme va créer des conflits entre elle et le mari. Mais cette indépendance existe également dans le régime dotal pur et simple, quand il y a des biens paraphernaux.

La femme pourra-t-elle s'engager sur sa part dans les acquêts ? En général oui, car cette part n'est pas dotale, sauf stipulation contraire.

La femme, sous le régime dotal avec société d'acquêts, ne peut être tenue vis-à-vis des fournisseurs du ménage, sauf engagement personnel de sa part. En effet, le principe est que c'est le régime dotal qui prédomine, or, sous ce régime, c'est au mari à supporter la charge du ménage, au moyen des revenus de la dot (2).

La femme a évidemment le droit d'accepter la société d'acquêts ou d'y renoncer.

Critique. — On a critiqué beaucoup le régime dotal ;

(1) Guillouard, t. IV, n° 2202.

(2) Paris, 13 fév. 88. D. 88, 2, 263.

plusieurs jurisconsultes (1) en ont demandé l'abolition. Chose curieuse, ces critiques sont parties des pays de dotalité.

M. Gide, sans vouloir biffer d'un trait de plume le régime dotal, veut y apporter quelques adoucissements (*Gide op. cit.*, p. 534 et seq.). L'inaliénabilité dotale, en effet, apporte trop d'entraves aux transactions de tous les jours et à la vie civile de l'association conjugale. C'est une protection trop rigoureuse de la dot de la femme, qui souvent nuit aux intérêts de la famille plus qu'elle ne les sert.

Tels sont, suivant M. Gide, les deux amendements qui pourraient le mieux tempérer, sans la détruire, la rigueur trop inflexible de l'inaliénabilité :

1) Ces biens dotaux pourraient toujours être aliénés à charge de emploi en immeubles ou en valeurs.

2) Les biens dotaux pourraient toujours être aliénés même sans emploi, avec l'autorisation de la justice. La femme pourrait, avec la même autorisation, engager le bien dotal et subroger à son hypothèque légale.

C'est ce que décide le Code italien (art. 1405).

On pourrait encore, à mon sens, pour donner de plus grandes garanties à la femme rendre son hypothèque privilégiée, telle que l'avait établie à Rome l'empereur Justinien.

(1) Homberg, *Abus du régime dotal*. — Batbie, *Cours d'économie politique*, t. II, p. 102.

Je vais même plus loin et je ne vois pas d'inconvénient — bien au contraire — à ce qu'on établisse, dans notre législation, le système de dotalité allemand, tel que nous l'avons étudié au chap. vi (quel est le meilleur régime légal?).

CHAPITRE V

FEMME SÉPARÉE DE BIENS

Nous diviserons ce chapitre en trois sections.

Section I. — Femme séparée ordinaire.

Section II. — Femme dotale séparée.

Section III. — Réformes. Critique de quelques projets.

SECTION I

Femme séparée ordinaire.

Quelle est la capacité de la femme séparée de biens ? Il n'est peut-être pas de question plus discutée, plus controversée. Les textes paraissent clairs et précis : cependant, à part quelques questions sur lesquelles l'accord est unanime, ce n'est que décisions contradictoires dans la jurisprudence et désaccord complet dans la doctrine. Le Code civil, sur ce point, devrait être remanié et, comme nous le verrons à la fin de ce chapitre, dans un sens beaucoup plus favorable à la femme.

Nous parlerons ici de la femme séparée judiciairement sans être séparée de corps (car dans ce cas, la loi de 1893 lui redonne une pleine et entière capacité), comme de la femme séparée contractuellement. A mon sens, leur capacité est la même (1), bien qu'on aie soutenu le contraire, en faisant valoir des arguments bien spécieux, tirés de la différence de rédaction des art. 1449, 1739 et 1539.

Quelle est cette capacité ?

L'art. 1446, n° 1, dit : « La femme reprend la libre administration de ses biens. »

Comme la loi n'a pas donné le critérium des actes d'administration et que les pouvoirs des divers administrateurs ne sont pas toujours les mêmes, de vives discussions sont engagées sur la portée de cet article.

Actes que femme séparée peut certainement faire. — Il est d'abord des actes que tous permettent à la femme séparée.

Elle peut toucher ses revenus et en poursuivre le paiement par des voies d'exécution ; faire des baux ne dépassant pas neuf ans, et ce droit ne peut être entravé par le mari qui ne peut, contre le gré de la femme, éta-

(1) Voici la seule différence :

En cas de séparation judiciaire, les époux doivent contribuer aux charges du ménage proportionnellement à leurs facultés (art. 1448). Si la séparation est conventionnelle, les époux ont la liberté la plus complète pour fixer leur portion contributive. A défaut de stipulation, la femme y contribuera jusqu'au $\frac{1}{3}$ de ses revenus.

blir le domicile conjugal dans un immeuble propre de la femme (Caen, 8 avril 1851, D. 52, 2, 127). La femme peut même le faire expulser (Bordeaux, 28 juillet 1881. S. 82, 2, 68).

Mais ces décisions, qui paraissent exorbitantes, sont des décisions d'espèce, et, en cas de conflit entre les pouvoirs d'administration de la femme et la puissance maritale, il ne faudrait pas les ériger en principes absolus.

Elle peut également placer ses fonds disponibles, et par conséquent faire des opérations de bourse, pourvu que ce soit au comptant (Lyon, 7 janv. 1881. D. 81, 2, 153. Toulouse, 6 juin 1883. D. 85, 2, 75. Bordeaux, 4 fév. 1884. D. 84, 2, 109).

Actes que la femme séparée ne peut jamais faire. — Quant aux actes, qui sont toujours et dans tous les cas, interdits à la femme séparée de biens, en voici la rapide et brève énumération.

Elle ne peut aliéner ses immeubles, les hypothéquer, ni constituer des servitudes (art. 1449, n° 3).

Que la femme ne puisse hypothéquer ses immeubles ou les grever de servitudes, cela se comprend. Ce ne sont pas des actes d'administration : on ne peut d'ailleurs, à l'heure où on les fait, en mesurer les conséquences parfois désastreuses. Mais pourquoi ne pas lui permettre de les aliéner ? L'aliénation d'un immeuble ne peut-elle pas être, *économiquement du moins*, un acte d'administration ? Cette prohibition est, il me

semble, un vestige de cette vieille règle « *res mobilis, res vilis* », écrite nulle part dans nos Codes, mais qui s'y retrouve à chaque pas et qui devient de plus en plus erronée.

Elle ne peut jamais ester en justice ; et la jurisprudence, interprétant avec une rigueur judaïque les termes absolus de l'art. 115, décide que quel que soit l'objet du procès, fût-il relatif à l'administration de ses biens, la femme devra toujours demander l'autorisation de son mari ou celle de justice.

La jurisprudence a ainsi rompu avec l'ancien droit (Pothies, *Traité de la puissance maritale*, n° 61) qui permettait à la femme de soutenir, sans autorisation, les procès relatifs à l'administration de ses biens. Cette innovation est-elle heureuse ? Je ne le crois pas.

Il est interdit également à la femme séparée de contracter des obligations excédant les besoins de son administration. L'accord est maintenant fait sur ce point, et ceux même qui lui permettent de disposer de son mobilier à titre onéreux sans aucune restriction, disent qu'elle ne peut s'obliger que dans les limites d'une sage administration (1). Et cela se comprend. Par une aliénation on est dessaisi actuellement ; on peut mesurer exactement la portée de cet acte. Une obligation, c'est l'avenir, l'inconnu, l'espérance souvent trompée de

(1) C'est ainsi qu'elle ne peut acheter des meubles ou des immeubles à crédit. Toulouse, 3 juin 1883. D. 83, 2, 73.

C'est ainsi encore qu'elle ne peut accepter une succession.

pouvoir faire face plus tard à ses engagements ; le gouffre insensiblement s'agrandit et on aboutit à la ruine. D'ailleurs les textes combinés des art. 217, 224 et 1449 corroborent cette solution.

Elle ne peut accepter une donation. Les art. 217 et 934 sont formels et consacrent, avec raison, une prohibition imposée par la morale.

Nous arrivons maintenant aux questions discutées.

Questions controversées. — Peut-elle vendre son mobilier en dehors des besoins de son administration ?

Les uns (1) disent oui, les autres (2) non. La jurisprudence est divisée et le dernier arrêt de cassation, que j'ai trouvé (C. civ., 30 décembre 1862. S. 63, 1, 257) adopte la négative.

Je ne crois pas qu'elle ait raison. L'art. 1449, en effet, ne distingue pas ; il permet à la femme d'aliéner son mobilier et n'ajoute pas la restriction apportée par la Cour de cassation. Les termes de l'art. 1459 sont d'ailleurs précis et énergiques : *disposer* et *aliéner*.

Du reste, ce serait un piège tendu à la bonne foi des tiers et par suite rendre presque impossible cette administration que la loi qualifie de *libre et entière*. Comment les tiers sauront-ils que l'aliénation est renfermée dans les limites d'une sage administration et par suite

(1) Aubry et Rau, t. V, § 516. — Laurent, t. XXII, n° 301. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 101.

(2) Demolombe, t. IV, p. 153. — Guillouard, t. III, n° 1193. — Marcadé. Troplong.

valable, ou au contraire excède cette même administration ? Assurément, *en droit*, ils seront protégés par l'art. 2279 ; mais, *en fait*, ils exigeront toujours l'autorisation du mari. Que devient alors l'art. 1449 ? Ou bien il dépendra des tribunaux d'annuler ou de valider telle aliénation du mobilier, suivant qu'elle rentre ou non dans les limites du droit d'administration. Encore une fois, est-ce là ce que dit l'art. 1449 ?

Mais ce mobilier, la femme peut-elle l'aliéner à titre gratuit ?

Non, sans aucune hésitation. C'est ainsi que la Cour de Paris a annulé, comme étant une donation, un prêt fait par une femme séparée et stipulé remboursable au décès de l'emprunteur, bien plus jeune qu'elle (D. 74, 2, 224). Quelques auteurs néanmoins, Delvincourt notamment, ont soutenu le contraire, s'appuyant sur les mots *disposer* et *aliéner* de l'art. 1449.

A cela je répondrai simplement que l'art. 705 C. civ. s'y oppose d'une façon formelle.

On apporte cependant à cette règle un tempérament, en permettant à la femme, sur ses revenus ANNUELS, des dons de petite importance. Je souligne ANNUELS, car la femme n'aurait pas le droit de donner un capital mobilier provenant de l'accumulation des revenus. (Paris, 18 juin 1851. D. 52, 2, 22).

La femme peut-elle placer ses capitaux en rente viagère ?

Pourquoi pas ? La loi ne détermine par le mode de

placement ; or, il est évident que la constitution de rente viagère est un placement (1). Bien entendu, si la femme a des enfants, elle doit respecter leur réserve.

Peut-elle convertir des titres nominatifs en titres au porteur ?

La négative a longtemps été soutenue devant la justice par les plaideurs, mais sans succès et avec raison. En effet, c'est peut-être le prélude d'une aliénation, mais ce n'est pas un acte d'aliénation. M. Lyon-Caen dit qu'on devrait le défendre à la femme, car elle peut échapper ainsi à l'obligation de subvenir sur ses revenus aux charges du ménage. Mais dans l'état actuel de la législation, cette prohibition est impossible car, c'est au premier chef un acte d'administration.

M. Guillouard (t. III, n° 1197), semble désirer sur ce point une réforme législative, exigeant des garanties ou des formalités analogues à celles de la loi du 25 février 1880 sur les biens des mineurs.

Peut-elle faire des acquisitions mobilières ou immobilières sans l'assentiment de son mari ?

Nous parlons ici bien évidemment des ventes au comptant ; on a vu plus haut que les ventes à crédit étaient défendues.

Pour les meubles l'affirmative est évidente. On ne

(1) *Sic.* Tribunal de la Seine. D. 71, 3. 409. — Aubry et Rau, et Laurent.

M. Demolombe ne refuse ce droit à la femme que si elle a des enfants.

comprendrait pas le droit de libre administration et le droit de disposer du mobilier concédé à la femme par l'art. 1449, sans le droit pour elle d'acquérir des biens mobiliers. Et elle peut acquérir toute espèce de meubles, corporels ou incorporels.

Quant aux immeubles, si l'acquisition constitue un placement, il faut admettre l'affirmative, d'autant plus que la loi semble considérer les placements immobiliers comme les plus sûrs. Dans le cas contraire, v. g. si la femme est obligée d'emprunter pour acheter, elle ne le pourra pas.

MM. Laurent (t. XXII, n° 297) et Labbé sont de cet avis.

M. Guillouard objecte les termes formels de l'art. 217, auquel dit-il, l'art. 1449 n'a pas dérogé. La réponse est simple ; l'art. 1449 accorde à la femme le droit de libre administration ; or, ces opérations constituent, on vient de le voir, des actes d'administration et ne sont valables qu'autant qu'ils restent des actes d'administration.

Quelles sont les conséquences des engagements de la femme séparée ? Oblige-t-elle tous ses biens ou seulement ses biens mobiliers ?

Je crois, avec MM. Laurent, Aubry et Rau, Colmet de Santerre qu'il faut appliquer l'art. 2092 et décider que tous les biens de la femme, mobiliers et immobiliers pourront être saisis par ses créanciers, nonobstant l'art. 2449, n° 3 qui lui interdit d'aliéner ses immeubles. En effet autre chose est aliéner, autre chose s'obliger.

Comme le dit très bien M. Laurent (XXII, n° 314). « Ce n'est pas le débiteur qui vend en cas de saisie, ce sont ses biens qui sont vendus ; il dépend du débiteur d'empêcher la vente en exécutant ses engagements : preuve qu'en s'obligeant, il n'aliène pas. Est-ce que le tuteur n'oblige pas le pupille par les engagements qu'il prend en administrant ? Ces engagements ne peuvent-ils pas être exécutés sur tous les biens du mineur ? Cependant le tuteur n'a pas le droit d'aliéner. »

De même que l'obligation contractée en dehors des besoins de l'administration et par conséquent nulle, ne peut être exécutée même sur les meubles de la femme que celle-ci peut aliéner, de même les obligations relatives à l'administration et par suite valables, peuvent être exécutées même sur les immeubles que cependant la femme ne peut aliéner.

D'ailleurs où conduisait le système opposé ? A ceci que les tiers, pour ne pas être inquiets dans l'avenir sur le recouvrement de leurs créances, exigeraient à cause de la dissimulation, si facile de la fortune mobilière, que la femme soit toujours autorisée de son mari. Ce serait biffer l'art. 1449.

Un mot très rapide sur quelques contrats.

Il a été jugé qu'une femme, même séparée, ne peut contracter une société avec son mari (Paris, 24 mars 1870. D. 72, 2, 43). « Ce serait rétablir, sous une forme déguisée et en dehors des prescriptions de la loi, la communauté préexistante. »

Je crois que la Cour de Paris a raison, M. Laurent (XXII, n° 319) critique cependant cette solution.

Quant au cautionnement, il est prohibé. Ce n'est pas, en effet, un acte d'administration. La jurisprudence est en ce sens. C'est ainsi que la femme ne peut avaliser une lettre de change, alors qu'elle n'a aucun profit à retirer des valeurs à raison desquelles le tiers a contracté l'obligation.

Le compromis est prohibé par l'art. 83. C. civ.

Quid de la transaction ?

La femme (Laurent XXII, n° 306, Aubry et Rau, t. V. § 516), peut transiger sur ses droits mobiliers. M. Labbé critique cette solution en disant que, si la transaction peut quelquefois être un acte de bonne administration, ce n'est pas, en droit, un acte d'administration car on ne doit pas caractériser un acte parce qu'il peut être, mais parce qu'il est.

Je crois cependant que la solution contraire se justifie, que l'on considère la transaction comme une aliénation ou comme un acte simplement déclaratif, puisque la femme séparée peut, à mon sens, aliéner son mobilier sans restriction.

Que décider pour le partage.

La femme peut y procéder sans autorisation pour la succession purement mobilière. Quant aux successions, où se trouvent des immeubles, il faut l'autorisation du mari et il a été jugé (Cass. 1^{er} avril 1878. D. 79, 1, 120), qu'un tribunal n'a pu accorder à une femme séparée

le droit d'accepter un partage lui attribuant de l'argent au lieu d'immeubles que sous la condition de faire emploi de cette somme. Les tiers sont responsable de cet emploi et la femme doit les indemniser de cette responsabilité, si elle a profité de cette somme.

La femme séparée peut évidemment laisser l'administration et la jouissance de ses biens à son mari. Quels sont, dans ce cas, ses droits contre ce dernier ?

Si le mari n'a aucun mandat de la femme, s'il n'y a qu'un état de fait, elle ne peut lui demander que les fruits extants.

S'il y a un mandat, l'art. 1577, qui vise le cas des paraphernaux mais qui s'applique à la séparation de biens, dit que la femme peut exiger la reddition de compte de fruits consommés et extants, tout en déduisant sa part contributoire aux charges du ménage.

D'ailleurs qu'il y ait mandat ou simple état de fait, la femme peut toujours reprendre l'administration et la jouissance de ses biens, nonobstant toutes conventions contraires, qui violent l'art. 1451. — Bordeaux, 25 mars 1848. D. 48, 2, 192.

Nous arrivons maintenant à une question intéressante et très vivement controversée : celle de la contribution de la femme séparée aux charges du ménage.

Comment doit-elle y contribuer ?

On a vu qu'en cas de séparation contractuelle, elle doit, sauf stipulation contraire, y contribuer jusqu'au $\frac{1}{3}$ de ses revenus.

Si la séparation est judiciaire, la femme y contribue en proportion de ses ressources et l'art. 1448 dit que, si le mari n'a rien, la femme doit supporter le tout et n'a droit à aucune récompense contre le mari si plus tard il revient à meilleure fortune; en effet, elle devait tout; elle n'a fait que payer sa dette.

Et elle doit verser sa part contributoire entre les mains du mari, qui ne perd pas, par la séparation de biens, ses droits de chef de famille et de puissance maritale. Qu'importe, dit la Cour de Nancy (1), que le mari soit dissipateur ou débauché, qu'importe que des revenus que lui versera sa femme, il en fasse le même emploi que la dot. La femme n'a qu'une ressource, c'est de demander la séparation de corps ou le divorce.

Mais dissiper le bien de la femme ne constitue pas, que je sache, une cause de divorce ou de séparation de corps. Aussi le seul remède possible, c'est de permettre à la femme de payer directement les fournisseurs. C'est ce qu'ont décidé quelques arrêts (2).

Cette solution est vivement attaquée par certains auteurs (3), non moins vivement approuvée par d'autres (4).

Qu'elle ne soit pas très juridique, je l'avoue, mais

(1) Nancy, 18 janvier 1841. — Dalloz, *Contrat de mariage*, n° 1980.

(2) Cass., 2 juillet 1851. S. 51, 1, 509.

(3) Laurent, XXIII, n° 450 et seq. — Troplong, IV, n° 3699.

(4) Aubry et Rau, t. V, § 516, note 65. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 99 bis. — Guillouard, t. III, n° 1682.

elle est très équitable. Il y a là évidemment une réforme législative à faire. Quand il s'agit d'intérêts moraux et pécuniaires aussi considérables que l'éducation des enfants et l'entretien de la famille, pourquoi les tribunaux, qui sont chargés de rendre la justice, « ne s'empareraient-ils pas du rôle que le prêteur, à Rome, a si bien rempli et pourquoi la jurisprudence ne deviendrait-elle pas un développement progressif de la loi, successivement assouplie aux besoins de la société » (1) ? Et j'approuve d'autant plus ces arrêts que la jurisprudence décide encore, contre les textes et avec l'équité, que la femme est tenue envers les tiers des dépenses du ménage, eût-elle versé entre les mains du mari sa part contributoire. Je dis contre les textes, car, malgré la séparation de biens, le mari reste investi de la puissance maritale ; c'est lui qui s'oblige envers les tiers et non la femme. De ce que la femme doit contribuer en partie ou en totalité aux charges du ménage, il ne s'ensuit pas qu'elle soit obligée envers les fournisseurs, mais seulement qu'elle est forcée de verser sa part entre les mains de son mari. Je dis aussi avec l'équité car il est évident que la jurisprudence contraire favoriserait les fraudes.

Voici une femme riche : son mari n'a rien. Les fournisseurs, comptant sur la fortune de la femme, ont fait crédit. Elle verse à son mari sa part contributoire qui

(1) S. 86, 4, 99, note de Labbé.

est la totalité dans l'espèce ; le mari la dissipe et la femme pourrait dire aux créanciers : « Je ne suis pas tenue ; tant pis pour vous si mon mari est dissipateur. Nous allons continuer à ne pas payer nos dettes, à vivre d'une vie oisive et luxueuse, grâce à une fortune sur laquelle vous avez eu le tort de compter et sur laquelle vous n'avez aucun droit. »

Ce serait monstrueux ! Evidemment, disent nos adversaires, mais c'est très juridique et très légal. Cela me rappelle involontairement les médecins de Molière qui préféreraient tuer leurs malades selon les règles que les sauver contrairement aux règles.

J'aborde enfin une dernière question. Le mari a-t-il un droit de contrôle sur les actes que la femme peut faire SANS SON AUTORISATION ?

M. Demolombe dit oui.

Je crois l'opinion contraire plus vraie. L'art. 1449 accorde à la femme une droit de *libre administration*. L'art. 1536 dit *entière administration et libre jouissance*.

Ce serait élever en face de l'administration de la femme une administration rivale, alors que cependant les parties ont bien entendu laisser le mari en dehors de l'administration des biens de la femme ou que celle-ci a été forcée, par la mauvaise gestion de son mari, de se faire rendre par la justice l'administration de sa fortune.

Qu'on ne nous objecte pas l'art. 1450 ? Cet article vise

des actes que la femme ne peut pas faire seule, les aliénations d'immeubles, or nous parlons d'actes que la femme *peut faire seule sans aucune autorisation*.

SECTION II

Femme dotale séparée.

Au début du siècle quelques auteurs Toullier et Delvincourt, suivis par quelques arrêts, décidaient que lorsqu'une femme dotale obtenait la séparation de biens, le régime dotal disparaissait pour faire place au nouveau régime.

C'était une erreur et cette opinion n'a plus qu'un intérêt historique, car aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence décident que le régime dotal, loin d'être remplacé par la séparation se combine avec lui.

Il est un principe indiscuté (arg. art. 1554) c'est que l'inaliénabilité subsiste après la séparation.

Dans quelle mesure cette inaliénabilité modifie-t-elle les effets de la séparation ?

Pour les immeubles l'application du principe ne présente pas de difficultés. La séparation transfère à la femme l'administration et le droit de jouissance appartenant au mari. Mais la femme dotale séparée, à la différence de la femme séparée ordinaire, ne pourra les engager par ses obligations.

Nous verrons plus loin comment, et dans quelle mesure, la femme dotale séparée peut s'obliger sur les revenus des immeubles dotaux.

Quant à la dot mobilière, la femme dotale séparée ne peut l'aliéner, sauf dans les cas prévus aux art. 1554 et seq. Voici quelques applications faites par la jurisprudence.

La femme ne peut céder ses créances, même exigibles, céder l'hypothèque qui garantit ses reprises dotales, par conséquent ne peut participer à un concordat. Ce dernier point cependant est contesté (S. 68, 1, 18). En tous cas, le vote du concordat ne lui fera pas perdre son hypothèque légale.

Seront nulles en tant qu'exécutoires sur les biens dotaux, les obligations contractées par la femme, sauf pour celles qui résultent d'actes d'administration. Et encore cette restriction est très controversée et la plupart des arrêts admettent que la femme peut seulement engager les revenus de la dot : pour engager le capital, même pour les obligations de la femme ayant une cause alimentaire, il faudrait la permission de justice (Grenoble, 14 mars 1872, S. 72, 2, 247).

La femme dotale séparée, on le voit, a sur ses biens un droit de *simple* administration et non de LIBRE administration.

Les partisans de cette jurisprudence soutiennent qu'il ne faut pas diminuer les garanties de conservation de la dot, que les parties avaient entendu stipuler en adoptant le régime dotal. Pendant le mariage, la femme a l'hypothèque légale : c'est une garantie suffisante, mais, après la séparation, l'hypothèque légale

ne conserve plus la dot mobilière puisque la femme en a l'administration ; il faut donc la déclarer inaliénable.

L'objection pour moi n'est pas sérieuse. On conçoit l'utilité de garanties quand c'est le mari qui détient et administre la dot, mais à quoi bon quand c'est la femme, surtout une garantie aussi destructrice du crédit que l'inaliénabilité. D'ailleurs les raisons d'utilité pratique qui ont poussé la jurisprudence à permettre au mari d'aliéner la dot mobilière, ne se présentent-elles pas pour la femme après la séparation ?

A mon avis, le législateur devrait intervenir et décider qu'après la séparation, la dot mobilière pourra être aliénée.

La femme qui reçoit ses reprises dotales, touche une créance dotale, doit-elle en faire emploi ?

Oui, de l'avis de tous, si la clause d'emploi est imposée par le contrat de mariage.

Oui également dans les cas prévus aux art. 1554 et 1558.

Que décider si le contrat ne contient pas de clause d'emploi ?

La jurisprudence en dispense la femme. Elle a raison, je crois, car l'art. 1569 lui donne le droit, sans aucune restriction, de recevoir les capitaux de la dot. Exiger des sûretés, alors que le contrat de mariage n'en prescrit pas, serait de l'arbitraire. Les Parlements de droit écrit adoptaient la solution contraire, se fon-

dant sur le vieil et faux argument de la fragilité de la femme. D'ailleurs, comme le disent MM. Auby et Rau, la conservation de la dot est suffisamment garantie par l'inaliénabilité.

Mais la jurisprudence qui, je le répète, a raison, ne se met-elle pas en contradiction avec elle-même? Je le crois. Elle décrète, en effet, l'inaliénabilité pour empêcher la femme de dissiper sa dot et elle lui donne cette faculté en la dispensant de faire emploi.

Dans quelle mesure la femme doit-elle contribuer aux charges du ménage?

Colmet de Santerre émet l'opinion suivante : On ne peut appliquer, dit-il, l'art. 1448 écrit spécialement pour la femme séparée après avoir été commune. Par conséquent, dans le silence du Code, on doit appliquer la règle admise en cas de dotalité, c'est-à-dire que la femme doit donner au mari la totalité de ses revenus.

Sans doute, la puissance maritale subsiste malgré la séparation et par conséquent le mari est en droit d'exiger entre ses mains le versement de la part contributoire de sa femme. Mais il est un autre principe non moins certain, c'est que la femme dotale séparée a la jouissance de ses biens dotaux et ce serait, je crois, étrangement méconnaître ce principe que de la contraindre à verser entre les mains de son mari la *totalité* de ses revenus, alors qu'une *partie* sera peut-être suffisante pour assurer l'entretien du ménage.

La femme — et c'est un point indiscuté — ne peut acquérir sans l'autorisation de son mari un immeuble en remploi d'un immeuble dotal.

Il serait intéressant de rechercher quel est le fondement de cette jurisprudence et si ce fondement est juste (1). Mais ce serait dépasser les limites de cet ouvrage. Je trouve cependant que c'est pousser un peu loin le souci des garanties à accorder à la conservation de la dot. La femme séparée ordinaire peut acheter au comptant, cela est certain et pour la femme dotale séparée on exige des garanties et quelle garantie ! L'autorisation de son mari, dont la mauvaise administration et la dissipation ont rendu nécessaire la séparation de biens (2).

Nous arrivons maintenant à une dernière question, non des moins importantes et des moins discutées.

Quel est le droit de disposition de la femme dotale séparée sur les revenus dotaux ?

Depuis une vingtaine d'années, il est de jurisprudence constante que la femme peut disposer, à son gré, des revenus qui excèdent les besoins de la famille et les tribunaux sont souverains pour apprécier la quotité de revenus nécessaires à la famille. Si, usant de la faculté à elle accordée par les art. 1787 et 1549 § 3, la femme s'est réservé, par son contrat de mariage, la libre disposition d'une quotité déterminée de ses reve-

(1) S. 86, 4, 99, note de Labbé.

(2) Voir *contra*. Guillouard, t. IV, n° 2108.

nus dotaux, elle se trouve investie de la faculté de s'obliger sur ces revenus réservés et même avant la séparation de biens.

Un parti important dans la doctrine approuve ces solutions.

Que penser de cette distinction entre les revenus nécessaires aux besoins de la famille et les revenus excédant ces besoins? Elle est d'une application difficile, pour ne pas dire impossible. Comment déterminer, d'une façon précise et non arbitraire, la quotité des revenus à affecter aux besoins du ménage? « Cette quotité n'est-elle pas essentiellement variable, diminuant ou augmentant suivant la position sociale, le nombre des enfants, les chances de maladie, tous les incidents imprévus de la vie? C'est laisser les créanciers dans la plus complète incertitude sur l'étendue de leurs droits.

D'ailleurs, en vertu de quel texte ou de quel principe immobiliser ainsi, dans une certaine mesure, les revenus dotaux? On dit les biens dotaux sont inaliénables; les revenus doivent l'être également. C'est une erreur: les revenus de la dot n'ont pas d'autre destination que de servir à l'entretien du ménage, par conséquent d'être dépensés. D'ailleurs, si cette objection était vraie, il faudrait immobiliser tous les revenus et non simplement UNE PARTIE.

Serait-ce par hasard en vertu de ce principe que les revenus de la dot sont destinés à supporter les charges

du ménage? Mais ils présentent la même particularité dans tous les autres régimes et cependant personne n'a songé, sous les autres régimes, à adopter la solution que nous combattons (1).

On a proposé d'autres distinctions; elles présentent toutes, comme le système de la jurisprudence, le même caractère d'arbitraire.

La vérité c'est M. Laurent (t. XXIII, n° 557 et Troplong t. IV, n° 3306) qui l'ont dite : La femme peut disposer de l'intégralité de ses revenus dotaux et par conséquent tous ses créanciers, quelle que soit la cause de leur créance, ont le droit de les saisir sans limitation. »

Au début du siècle la Cour de cassation avait adopté ce système (9 avril 1823 S. 23, 1, 331 — 28 mars 1827, S. 27, 1, 299). C'est évidemment la solution la plus logique et la plus juridique.

SECTION III

Réformes. — Critiques de quelques projets.

On l'a vu, les prescriptions de la loi sur la capacité de la femme séparée sont bien laconiques, bien incomplètes et plusieurs d'entre elles ont cessé d'être en harmonie avec les mœurs ou les idées économiques. Une

(1) L'ancien droit et l'ancienne jurisprudence, cependant assez rigoureux pour la femme, permettaient à la femme dotale séparée de toucher ses revenus dotaux.

Salviat, V. *Dot*, 3 et 4.

Arrêt général du Parlement d'Aix du 30 octobre 1614.

réforme législative s'impose de l'avis de jurisconsultes éminents, tels que Colmet de Santerre, Labbé et Laurent, qui reprend le projet de Cambacérès donnant à la femme séparée la même capacité qu'au mari.

Deux projets ont été autrefois déposés au Parlement.

C'est celui de M. Naquet, du 5 décembre 1884, demandant, pour la femme séparée contractuellement ou judiciairement, une pleine et entière capacité. Je l'approuve pour la femme séparée judiciairement, mais le repousse pour la femme séparée contractuellement.

C'est celui de MM. Batbie, Denormandie et autres, déposé au Sénat en 1885. La seule réforme proposée consiste dans les formalités à remplir par la femme séparée pour obtenir l'autorisation de son mari. Elle peut, à son gré, demander à son mari ou directement au tribunal par requête toutes les autorisations pour toutes les mesures que ses intérêts peuvent exiger. Une copie de la requête est adressée au mari avec mise en demeure d'intervenir.

Ce projet a été rejeté par le Conseil d'Etat.

Voici, en quelques mots, les réformes qui, à mon sens, devraient être faites.

On devrait donner à la femme séparée judiciairement — mais à celle-là seulement (1) — pleine et entière capa-

(1) En cas de séparation contractuelle, il n'y a pas les mêmes raisons. En adoptant par contrat de mariage la séparation de biens la femme ou ses parents ont peut-être montré une défiance injustifiée vis à vis du mari ; et tant que ce dernier ne s'en montrera

cité. Il y a, en effet, de gros inconvénients pour elle de solliciter l'autorisation de son mari. Ce sont des négociations pénibles pour la femme; souvent des exigences pécuniaires du côté du mari; toujours des causes de discussions et de luttes.

Je ne comprends pas d'ailleurs le système de la loi. Voilà un homme qui a été incapable d'administrer sa fortune et qui, par le désordre de ses affaires et sa mauvaise gestion, a forcé sa femme à lui faire enlever l'administration de ses biens. Et pour les actes de cette administration, considérés à tort ou à raison par la loi comme les plus importants et les plus graves, il faudra son autorisation!

L'idée, à laquelle je me rallie, n'est, du reste, pas nouvelle. Il est curieux de voir certaines anciennes coutumes accorder à la femme séparée, même contractuellement, une entière capacité et dépouiller le mari de tous droits, sur la *personne* comme sur les biens de la femme. Il existait parmi les auteurs une vive controverse sur ce point. Guy Coquille et Dumoulin adoptaient cette solution. Loyseau (1), conservait seulement au mari des droits sur la personne de sa femme.

Ceci dépasse un peu la mesure. La séparation de biens, même judiciaire, doit laisser subsister la puissance maritale sur la personne de la femme et le prin-

pas incapable ou indigne, il faut lui laisser l'exercice de la puissance maritale.

(1) *Déguerpissement*, l. II, t. IV, n° 2.

cipe de l'autorisation doit être respecté en cas de séparation contractuelle. Néanmoins c'est un gros argument en faveur de mon système que cette large capacité accordée à la femme séparée par une partie de l'ancien droit, cependant si imprégné et si admirateur des idées romaines et germaniques sur la faiblesse et l'incapacité de la femme.

Quant à la femme séparée contractuellement, voici, à mon sens, comment devra être rédigé le nouvel art. 1538.

« Malgré la séparation de biens, le principe de l'autorisation subsiste. Néanmoins la femme pourra aliéner son mobilier à titre onéreux sans aucune restriction.

Elle pourra également aliéner ses immeubles sans autorisation ; elle ne pourra les hypothéquer.

Elle ne pourra, sans autorisation, s'obliger au delà des limites de son administration.

Le § suivant sera ajouté à l'art. 1536. « La femme ne sera pas tenue de verser, entre les mains du mari, sa part contributoire aux charges du ménage et pourra payer directement les dépenses nécessaires à l'entretien de la famille.

Pour la femme dotale séparée, voici je crois les réformes à faire :

La dot mobilière sera aliénable.

Pour les immeubles, l'inaliénabilité subsistera sauf les cas de l'art. 1554.

La femme pourra, sans autorisation, acquérir un immeuble en remploi de sa dot.

CHAPITRE VI

QUEL EST LE MEILLEUR RÉGIME LÉGAL ?

Au moment de la discussion du régime matrimonial de droit commun à établir dans nos Codes, la lutte fut chaude entre les partisans du régime dotal et ceux de la communauté. Nous n'entrerons pas dans ce débat ; il n'a plus, aujourd'hui, qu'un intérêt historique. La lutte se circonscrit aujourd'hui entre la communauté et la séparation de biens.

Un grand nombre de pays, l'Irlande, l'Angleterre, la Russie et quelques Etats de l'Amérique ont adopté la séparation de biens. La France est restée fidèle à la tradition plusieurs fois séculaire.

Où est la vérité ?

Examinons d'abord le procès que font à la communauté légale les partisans de la séparation de biens.

La communauté, disent-ils, est dangereuse pour la femme. De ses biens, les uns tombent dans la communauté ; le mari peut les vendre, les hypothéquer sans que la femme en sache rien ou, le sachant, puisse s'y

opposer. Quant aux biens propres de la femme, le mari en a l'administration et la jouissance et contre l'incurie, le désordre de ce dernier, n'a d'autre défense que la séparation de biens, remède, dit-on, souvent pire que le mal en ce qu'il dévoile aux yeux de tous la situation gênée du mari et, en tous cas, remède le plus souvent tardif et inefficace.

Aussi voyez, disent-ils, avec quelle facilité les tribunaux accordent la séparation ! Comme la jurisprudence, qui précède le législateur dans la voie des réformes et souvent les lui impose, vient au secours de la femme, poussée par la marche des idées économiques et la transformation des mœurs ! La loi exige le péril de la dot (art, 1443). Ecoutez ce que décident les arrêts :

1) La femme n'a rien apporté en dot, elle peut cependant demander la séparation pour sauvegarder sa part dans la communauté, de même dans le cas où il est à craindre que les revenus de la dot ne soient détournés de leur destination, bien que le capital soit solidement placé (1).

2) La femme n'a rien apporté en dot, mais elle possède un talent, une industrie. Elle peut demander séparation, quand la conduite du mari lui donne lieu de craindre que les produits du travail ne soient pas appliqués aux besoins de la famille (2).

(1) Riom, 19 août 1848. D. 50, 2, 16. — Grenoble, 16 mars 1833. D. 53, 5, 406. — Montpellier, 20 septembre 1832. S. 52, 2, 338.

(2) J. G. *Contrat de mariage*. — Liège, 23 avril 1831. — Bruxelles, 31 janvier 1838.

3) Peu importe que le dérangement des affaires du mari provienne de sa faute, de sa mauvaise gestion ou de circonstances qui ne peuvent lui être imputées à faute (1).

4) Le mari n'a pas encore reçu la dot, la femme peut cependant demander la séparation ; de même pour protéger les successions qu'elle peut recueillir, n'eût-elle, au moment de la demande, aucun bien actuel que le mari puisse dissiper (2).

A cette argumentation, je réponds que, par ces décisions, la jurisprudence n'innove rien. Elle ne fait qu'appliquer, sinon la lettre, du moins l'esprit du Code civil qui a voulu, et avec raison, faire de la séparation de biens une mesure préventive et non un remède tardif à une situation déjà incurable. Il est inexact de voir en elle, comme le prétendent les partisans de la séparation, le reflet d'un état de mœurs nouveau et l'indice d'un mouvement de plus en plus accusé vers l'émancipation de la femme et l'adoption d'un régime moins suranné que la communauté.

Ces décisions ne font, d'ailleurs, que reproduire la doctrine de Pothier (3), Guillouard (4) Troplong (5),

(1) Riom, 29 août 1848. S. 49, 2, 526. — Req. 14 nov. 1864. S. 63, 4, 60. — Toulouse, 10 mai 1884.

(2) Bordeaux, 1^{er} mai 1848. D. 48, 2, 192. — Cass., 11 août 1870. D. 71, 2, 288.

(3) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 510, 520 et seq.

(4) Guillouard, t. III, n° 1071 et seq.

(5) Troplong, t. II, n° 1310.

Toullier, Marcadé, Aubry et Rau (t. V. § 516). Et je ne sache pas que ces auteurs soient partisans de l'indépendance de la femme et de la séparation de biens comme régime de droit commun.

Que la communauté présente certains dangers pour la femme, rien de plus exact. Mais aussi, comme contre partie des pouvoirs, non pas exorbitants mais très larges du mari, que de garanties accordées à la femme ! Faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer, bénéfice d'émolument en cas d'acceptation, droit d'exercer ses reprises, avant le mari, et sur les biens personnels de ce dernier en cas d'insuffisance des biens de la communauté, hypothèque légale. Qu'on ne dise pas que toutes ces proogatives sont inutiles devant le désastre du mari, désormais un fait accompli. Il suffit de lire quelques liquidations chez un notaire pour voir que souvent — et j'en connais personnellement des exemples — la femme, si elle n'a pas renoncé à son hypothèque légale ou n'y a pas subrogé un créancier, réussit à retirer entière ou peu s'en faut, sa dot de la déconfiture du mari.

Voici un autre grief articulé contre la communauté. C'est un régime compliqué, dit-on, et des liquidations embrouillées.

Ce reproche, qu'on exagère je crois beaucoup, est peut-être vrai dans une certaine mesure. Mais tout régime matrimonial a ses imperfections, ses inconvénients. Et ce reproche, à mon sens, ne doit pas tenir devant les avantages considérables de la communauté légale.

Quels sont donc ces avantages ? Les voici :

A côté du patrimoine qui reste propre à chacun des époux, la loi a organisé un patrimoine commun composé de certains biens des époux et du produit de leur travail. Elle a ainsi établi, à côté de la communauté d'affection et d'intérêts moraux qui doit exister entre eux, une communauté de biens et d'intérêts pécuniaires. Cela est raisonnable, conforme à la nature des choses, à l'idée même du mariage. Que l'on réserve aux futurs conjoints la faculté d'adopter, par contrat de mariage, la séparation de biens, cela est nécessaire, c'est la conséquence du grand principe de la liberté des conventions qu'il faut respecter, quand il ne conduit pas à des situations contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Mais établir *a priori* cette séparation, cette scission entre les fortunes des époux, l'établir pour tous, surtout pour ceux qui ne peuvent faire les frais d'un contrat et voudraient cependant adopter la communauté — et ils sont nombreux les statistiques le prouvent — c'est méconnaître l'idée même du mariage.

Tout le monde connaît l'admirable définition du mariage donnée par les jurisconsultes romains (1). Elle n'a pas cessé d'être vraie. Il est certain qu'à côté de la communauté d'affection et d'intérêts moraux doit se trouver une communauté d'intérêts pécuniaires. Sans doute, cette communauté d'intérêts pécuniaires n'est

(1) *Nuptiæ sunt conjunctio mariti et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* (L. I, D. de rit. nupt.)

pas indispensable ; elle n'est pas la condition *sine qua non* d'une affection solide et durable. Comme le dit très bien M. Bender (1) « on conçoit une affection assez profonde pour durer indépendamment de l'amalgame de deux fortunes, assez noble pour ne pas croître ou diminuer en raison de l'isolement ou de l'association des patrimoines. »

Mais il n'en est pas moins vrai que les intérêts pécuniaires exercent fatalement leur influence sur les rapports personnels des époux. Plus leurs intérêts seront confondus et communs, moins il y aura de chances de dissensions et de luttes. En tous cas, les conflits seront tranchés rapidement et définitivement soit par l'autorité du mari soit par celle des tribunaux. Plus, au contraire, ces intérêts seront divisés, séparés, plus je crois, il y aura d'occasions de désintéressements et de conflits. Et alors qui les règlera ? Personne, puisque chaque époux sera le maître de sa fortune. Qui ne voit les dangers d'une pareille situation rendue générale par l'établissement de la séparation comme régime de droit commun ?

Si donc le législateur, en raison de la possibilité des divorcés, en raison aussi de l'éventualité d'une union stérile, n'a pas cru — et avec raison — devoir établir la communauté universelle, l'idéal THÉORIQUE d'un régime légal, il serait, je crois peu sage et absolument

(1) Emile Bender, Discours de rentrée à la Conférence des avocats, 1897.

irrationnelle d'adopter, comme régime de droit commun la séparation, avec la faculté pour les époux d'adopter par contrat une communauté plus ou moins étendue. Combien, en effet, ne font pas de contrat ? Le contraire — et c'est le système de la loi française — est bien plus conforme au droit naturel.

On nous objecte qu'*en fait*, malgré la séparation, les biens des époux seront réunis et confondus dans la main du mari avec les siens propres et qu'ainsi il y aura une communauté de fait sous ce régime aussi bien que sous le régime de droit commun actuel. C'est d'ailleurs ce qui se passe huit fois sur dix en cas de séparation contractuelle.

Oui, mais autre chose est cet état *de fait* provisoire, instable, que la femme peut faire cesser d'un moment à l'autre, à son gré, selon son bon plaisir, sans avoir de raisons à donner et cette communauté intime, profonde et durable, résultant du régime légal actuel et qui ne peut cesser que pour des motifs graves, soumis à l'appréciation des tribunaux.

Néanmoins, je ne suis pas d'avis de conserver le régime de communauté, tel qu'il est organisé par le Code, comme régime légal. Et voici pourquoi. Je fais à ce régime deux reproches :

Le premier, ce sont les pouvoirs trop considérables donnés au mari par l'art. 1422 du Code civil, qui lui permet, malgré des restrictions en apparence sévères

mais en réalité inefficaces et lettre morte, de disposer, à titre gratuit, du mobilier commun.

Le second — et c'est le plus grave — c'est la distinction entre les meubles et les immeubles, faisant entrer les meubles dans la communauté et laissant les immeubles, qu'elle considère comme chose plus importante et plus précieuse, dans le patrimoine propre de chaque époux. Cette distinction, je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, est le vestige de cet ancien adage : *res mobilis, res vilis* ; elle est aujourd'hui complètement erronée ; le développement prodigieux, depuis 1/2 siècle surtout, de la fortune mobilière, sa prépondérance toujours croissante sur la fortune immobilière, son importance considérable dans toutes les classes de la société, font de cette classification une disposition législative vieillie, peu en harmonie avec les faits économiques ; elle doit disparaître.

Je serai assez partisan de la communauté réduite aux acquêts comme régime de droit commun.

Avec ce régime, les inconvénients que je viens de signaler — et ils sont sérieux — disparaissent. Entrent seules dans le patrimoine commun les acquisitions faites durant le mariage. Tous les biens des époux leur restent propres ; le mari en a l'administration et la jouissance et doit, comme contre-partie, subvenir aux charges du ménage.

D'autre part, le principe est sauvegardé de la communauté d'intérêts, communauté qui, je le répète,

malgré les affirmations de nos adversaires, est de l'essence du mariage et par suite doit exister dans un régime de droit commun. Comme dans la communauté légale, le mari et la femme sont intéressés tous deux à la bonne administration de leur fortune respective, à la prospérité de leur association. A la différence des époux mariés sous la séparation de biens tous deux interviennent dans l'administration et la gestion des intérêts communs, le mari d'une façon active et directe comme maître des droits et des actions de la communauté, la femme indirectement, mais cependant d'une manière efficace par son concours, souvent rendu nécessaire grâce à son hypothèque légale.

On objecte : Mais comment les époux pourront-ils faire constater les biens qui leur sont propres, puisqu'il n'y a ni contrat ni inventaire dressé au moment du mariage ? Je ne vois pas là une objection sérieuse, qui empêcherait les futurs époux de dresser eux-mêmes cet inventaire qui serait rectifié et légalisé par l'officier de l'état civil au moment du mariage ? La fortune des gens qui se marient sans contrat étant très peu importante, ce ne serait pas une complication.

Une raison en outre — et elle a une grande force — qui milite en faveur de l'établissement de ce régime comme régime de droit commun, c'est que la majorité des Français l'adoptent aujourd'hui.

Voici la statistique publiée en 1898 par l'administration de l'enregistrement :

Régime de la communauté.

Communauté légale	866
— réduite aux acquêts	67,288
— universelle	238

—

Régime exclusif de communauté.

Clause exclusive de communauté	4,694
— de séparation de biens	2,128

—

Régime dotal.

Avec paraphernalité.	2,849
Sans —	2,703
Avec société d'acquêts	4,540
	82,326

On trouve donc là une indication que l'on ne peut négliger. Le droit, en effet, ne doit pas être une science purement spéculative et abstraite, la législation doit s'inspirer des besoins, des aspirations du corps social, se transformer avec les mœurs et les idées nouvelles. S'il y a une réforme à faire, on doit, en la faisant, s'inspirer de ces principes.

Nous venons de réfuter par avance et en partie le système de ceux qui voudraient voir la séparation régime de droit commun. Mais cette réfutation n'est pas complète ; il nous reste à examiner les raisons par eux invoquées, à montrer les inconvénients de cette réforme et les obstacles qu'elle rencontre.

Au point de vue social et philosophique, nos adversaires insistent sur la nécessité d'augmenter la place faite à la femme dans la famille : « Tout ce qu'on fera, disent-ils, pour élever, élargir le cœur de la femme, nous paraît devoir profiter à leurs enfants, c'est-à-dire aux hommes. » Je suis tout à fait de cet avis. Je suis convaincu que dans tous les temps et tous les pays — l'histoire le prouve — la condition sociale ou juridique faite aux femmes a eu une influence considérable sur les mœurs, bonne quand les lois sont imprégnées du respect de la femme, mauvaise dans le cas contraire. De la situation faite aux femmes dépend, en grande partie, la prospérité ou la décadence des Sociétés. Mais est-ce en établissant la séparation comme régime de droit commun qu'on « élargira, qu'on élèvera le cœur des femmes ? » Est-ce en leur permettant de vendre une maison ou un pré sans autorisation, de s'obliger librement qu'on « augmentera leur place dans la famille » ? Je ne le crois pas. Si la femme n'occupe pas toujours dans la famille la place qu'elle devrait occuper, la cause en est dans les mœurs et non dans la législation. Cela tient à une fausse conception que l'homme et la femme se font de leurs attributions, de leurs devoirs. La femme devrait comprendre que son rôle est d'élever ses enfants, d'en faire des hommes et, suivant la jolie expression de Sainte-Beuve, je crois, « d'appartenir à un mari qu'elle possède et dirige. » L'homme, lui, devrait comprendre que s'il est le chef, la femme

est sa compagne ; que les droits et les privilèges sont pour le plus faible, les devoirs et les charges pour le plus fort. Il devrait comprendre que les monarchies absolues ne sont plus de mode aujourd'hui et que malgré les larges pouvoirs à lui donnés, il ne doit être qu'un roi constitutionnel. Il faudrait faire disparaître de nos mœurs les mariages d'argent. Voilà la vraie réforme à faire pour « augmenter la place faite à la femme dans la famille ».

Les partisans de la séparation de biens invoquent encore, à l'appui de leur système, la transformation complète du rôle de la femme dans les affaires domestiques. Nous avons longuement examiné et refusé cette objection au chapitre I. Nous n'y reviendrons pas.

La séparation de biens d'ailleurs ne répond pas à la réalité des faits et établit entre les biens des époux une distinction purement théorique. C'est surtout pour les ménages pauvres qu'est établi le régime de droit commun. Or, dans ces ménages tout est mis en commun ; s'il y a des économies, il est difficile de dire sur quels salaires elles ont été faites, à qui elles appartiennent. Comment régler les droits des héritiers ? Autant de difficultés non résolues.

Quant à l'argument tiré de la comparaison des législations étrangères, il est moins péremptoire qu'il ne paraît tout d'abord. En Italie, c'est la dotalité et non la séparation qui est le régime de droit commun. En

Russie, en fait, la communauté et l'autocratie du mari se substituent à la séparation régime légal.

Je ne parle pas des Etats-Unis qui ont une civilisation et des mœurs totalement différentes des nôtres. Quant à l'Angleterre, l'émancipation de la femme est trop récente pour qu'on en puisse juger utilement les conséquences (1).

Système allemand. — Je veux dire, en terminant, un mot du système allemand. Il est curieux. Il y a trois patrimoines, celui du mari, les biens réservés de la femme, les biens apportés par la femme pour subvenir aux charges du ménage. Dans les biens réservés de la femme se trouvent les choses exclusivement destinées à son usage personnel, les fruits de son travail personnel, les biens réservés en propre par contrat, biens échus par succession ou donation.

Chaque époux administre seul son patrimoine, contracte librement; en un mot, la femme est pleinement capable, mais elle doit demander l'autorisation de son mari, quand il s'agit pour elle d'une prestation personnelle.

Lè mari a l'administration et la jouissance des apports de la femme, dont les revenus doivent être affectés aux charges du ménage. La femme peut exiger quand elle

(1) Je cite seulement le système de M. Laurent, qui admet comme régime légal la communauté avec pouvoir égal d'administration des deux époux. Nous l'avons étudié dans le chapitre 1^{er}; nous en avons montré tous les inconvénients.

veut des renseignements sur cette administration.

Aucun des époux ne peut, seul, contracter des obligations exécutoires sur les apports. En cas de dissentiment, le tribunal de tutelle intervient et donne l'autorisation.

Les dettes du mari restent propres ; celles de la femme sont exécutoires sur ses propres réservés.

Elle peut disposer de ses apports.

Elle est pleinement capable si elle a été autorisée à exercer une profession.

Trois garanties sont accordées à la femme :

- 1) Elle peut exiger du mari des sûretés suffisantes ;
- 2) Elle peut exiger le dépôt des valeurs au porteur à la Banque, d'où elles ne peuvent être retirées que sur la demande des deux époux ;
- 3) Elle peut exiger leur transformation en titres nominatifs.

Enfin, elle a également la ressource de la séparation de biens.

C'est le régime dotal sans inaliénabilité.

Système Norvégien. — En Norwège, la loi du 29 juin 1888, a établi, comme régime légal, la communauté universelle.

Le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner à titre gratuit plus du dixième des biens communs.

Pour les biens situés à la ville, le mari a de très larges

pouvoirs ; pour les biens situés à la campagne, il faut toujours le consentement de la femme.

La femme a droit aux produits de son travail.

Chaque époux administre ses biens propres et pour éviter des fraudes contre les créanciers, les meubles de la femme doivent toujours demeurer hors de la possession du mari, pour conserver cette qualité au regard des tiers.

CHAPITRE VII

DROIT DE LA FEMME MARIÉE AU PRODUIT DE SON TRAVAIL

S'il est un point sur lequel les revendications féministes soient justes et fondées, c'est assurément sur cette question du droit de la femme mariée aux produits de son travail. C'est une question qui, je l'avoue, soulève de graves problèmes sociaux et de grosses difficultés juridiques, pour concilier à la fois le principe de la puissance maritale, qui subsiste tant que dure le mariage, et les nouveaux droits à accorder à la femme. Ces difficultés ont été, à mon avis, assez heureusement résolues par la proposition de loi déjà votée le 28 février 1896 par la Chambre, résultat de deux projets déposés en 1894, l'un par M. Goirand, l'autre par MM. Jourdan, Montant et Dupuy-Dutemps.

Nous allons y revenir longuement dans un instant ; mais auparavant il faut examiner la situation faite à la femme, sur ce point, par le Code civil. Nous verrons, par le simple exposé de la législation actuelle, la nécessité et l'urgence d'une réforme.

Sous le régime de la séparation de biens et sous le régime dotal, quand la dotalité n'est pas universelle, la femme fait siens les produits de son travail. Ce sont des biens à elle, dont elle garde, à la fois, la propriété, l'administration et la jouissance, sous la seule condition de verser entre les mains de son mari sa part contributoire des charges du ménage.

Sous le régime exclusif de communauté, à qui appartiennent les produits du travail de la femme ?

La question est controversée.

Pour les uns (1), ils sont à la disposition du mari. Ce dernier, en effet, a l'administration et la jouissance des biens de sa femme. Or, le travail de la femme, son commerce, son industrie, les droits de propriété littéraire ou artistique qu'elle peut avoir, sont des biens, des capitaux qui reviennent au mari.

D'autres auteurs (2) — et non des moins considérables — combattent cette théorie et soutiennent, par un argument assez spécieux tiré des art. 5 du Code de commerce et 220 du Code civil combinés, que les produits du travail de la femme constituent un acquêt. Le mari, par conséquent, n'aurait droit qu'à la jouissance, c'est-à-dire aux intérêts.

Nous n'entrerons pas dans cette discussion par

(1) Tribunal de la Seine, 17 déc. 1869. *Droit*, 18 déc. 1869. — Marcadé, VI, p. 5 et 6. — Troplong, III, n° 2236 et 2273.

(2) Guillouard, t. III, n° 1660. — Aubry et Rau, t. V, § 531. — Tolrelies, t. XIV, n° 23.

suite de l'extrême rareté de ce régime, elle n'offre qu'un intérêt à peu près purement théorique.

Et nous arrivons au régime de la communauté, soit légale, soit réduite aux acquêts, car dans les deux cas, sur la question qui nous occupe, les règles sont les mêmes.

C'est ici qu'apparaît, dans toute sa brutalité et sa navrante tristesse, la situation effroyable et sans remède efficace actuel, que peut faire à la femme, *tout en restant dans la plus stricte légalité*, un mari dissipateur et débauché.

Les mots sont forts; ils ne sont pas exagérés. Je ne suis pas suspect de féminisme, on a pu le voir au cours de cet ouvrage. Je ne suis pas de ceux qui pensent que la femme mariée est, dans notre droit, un être raptisé, sans vie, placé sous un joug humiliant et contre nature, et qui rêvent d'en faire, par un bouleversement complet de nos Codes, par une méconnaissance totale des lois naturelles et morales, un être complètement émancipé, et par là même un être dangereux pour la famille et pour la société. Je crois, au contraire, que par l'ensemble des droits et prérogatives accordées à la femme commune, la place faite, par nos lois, à la femme mariée sans contrat, est celle qui convient à ses facultés et à son rôle dans la famille; je crois que, par le principe de la liberté des conventions matrimoniales, ses droits peuvent, à son gré, évoluer dans un champ

assez vaste, allant de la dépendance presque absolue à la liberté presque entière.

Somme toute, sauf quelques imperfections, inhérentes à toute œuvre humaine, la législation française sur la femme est, dans son principe et ses idées fondamentales, une des meilleures au point de vue social et du droit naturel.

Ces réserves faites, je puis m'élever avec force contre la situation intolérable, faite parfois à la femme et dont je parlais tout à l'heure.

Quelle est donc cette situation ? La voici :

Nous sommes dans un ménage d'ouvriers. Le mari ne travaille pas ou, s'il travaille, il dépense ses salaires dans une vie de dissipation et de débauche. La mère, grâce à un prodige de travail, de privations et de veilles, réussit à faire vivre ses enfants. Le père arrive, fait main basse sur les gains de sa femme et repart continuer sa vie de fête. Les enfants, eux, continuent leur vie de misère et de larmes et ont faim.

A cela rien à dire ; le mari est dans son droit ; on ne peut rien, au point de vue légal, lui reprocher. N'est-il pas seigneur et maître de la communauté ?

Et cette situation n'est pas exceptionnelle. Elle constitue une cause fréquente de divorce, du moins en Suisse, si l'on se reporte au rapport publié en 1892, par le bureau fédéral de statistique sur les affaires de divorce. Il doit en être de même en France.

A ce mal profond, incontestable, quel palliatif ou quel remède dans la législation actuelle?

Aucun d'efficace.

La séparation de corps ou le divorce? Mais la procédure est compliquée, longue: un divorce ou une séparation n'aboutit jamais avant dix-huit mois ou deux ans. Puis, la femme a besoin de l'assistance judiciaire; il faut la demander. De là nouvelles démarches, nouveaux délais. Or, pendant ce temps, il faut vivre.

La séparation de biens?

Ce sont les mêmes inconvénients: longueur et complication de procédure.

Quelques jurisconsultes, M. Bridel entre autres (*Le droit des femmes et le mariage*) trouvent ce remède dans l'établissement de la séparation de biens comme régime de droit commun. Nous avons vu, dans un chapitre précédent, ce qu'il faut penser de la séparation de biens, comme régime légal.

D'autres jurisconsultes proposent de simplifier la procédure de séparation de biens.

C'est un remède insuffisant et, d'ailleurs, impraticable. On ne peut, en effet, dans l'intérêt des créanciers, qui est ici en quelque sorte d'ordre public, simplifier par trop cette procédure. Il faudra toujours imposer des délais, pour leur permettre d'intervenir et de parer aux fraudes possibles.

Il faut donc, nécessairement, permettre à la femme de toucher directement ses salaires et d'en disposer.

Mais dans quelle mesure ? Doit-on lui accorder un droit absolu et sans contrôle d'administration et de disposition ? Faut-il, au contraire, se borner à limiter les droits d'administration du mari sur les salaires de sa femme pour les donner à cette dernière ? C'est ce que nous allons examiner.

Deux projets, on l'a vu, ont été déposés en 1894, sur le bureau de la Chambre.

L'un déposé par MM. Jourdan, Moutant et Dupuy-Dutemps est ainsi conçu : « Lorsque le mari met, par
« son inconduite, les intérêts du ménage en péril, la
« femme peut, sans demander la séparation de biens,
« obtenir de la justice le droit de toucher elle-même les
« produits de son travail et d'en disposer librement.

« Cette demande est portée par la femme au juge de
« paix de son domicile. »

Ce n'est pas ce projet qui a été voté en 1896 et avec raison. Il a l'inconvénient d'imposer à la femme l'obligation de s'adresser à la justice. Sans doute, la procédure est simple, rapide et peu coûteuse. Mais c'est une instance et par suite une entrave qu'il fallait supprimer.

L'autre projet émane de M. Goirand. En voici la teneur : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement.

« Les pouvoirs ainsi confiés à la femme ne feront point échec aux droits des tiers contre la communauté. »

La première partie du projet a été votée. La seconde ne l'a pas été et c'est heureux. N'était-ce pas, en effet, reprendre d'un côté à la femme ce qu'on lui donnait de l'autre ? Permettre aux créanciers du mari de saisir les gains de la femme, c'est, en réalité, redonner au mari le droit ou du moins la possibilité de les absorber à son profit, au détriment du ménage. Le mari « s'enivrera à crédit (1) » : ses créanciers ne perdront rien : ils pourront toujours faire opposition sur les salaires de sa femme.

Cette solution, d'ailleurs, était entièrement anti-juridique. En effet, les créanciers du mari n'auraient pu agir qu'en vertu de l'art. 1166 du Code civil. Le mari, d'après le projet, n'a aucun droit sur les produits du travail de sa femme et ses créanciers en auraient un !

Il est regrettable que le projet n'ait pas nettement défini les droits des créanciers, soit du mari, soit de la femme sur les salaires de celle-ci. Et je crois que le Sénat ferait bien d'ajouter à cet article l'addition suivante : « Les gains de la femme ne pourront être saisis « que par ses créanciers personnels et les créanciers du « mari pour fournitures faites au ménage ; il ne répondront jamais des autres dettes contractées par le « mari. »

C'est ce que décide la loi suisse, celle du canton de Zurich, je crois. Mais elle va trop loin, à mon sens,

(1) Colin de Verdière, *Thèse*, 1897, p. 449.

quand elle dit que les biens, acquis par la femme avec le produit de son travail, lui seront propres.

Evidemment, ce serait un grand avantage pour la femme, qui trouverait ainsi des ressources en cas de chômage ou de maladie. Mais ce serait dépasser le but poursuivi et créer une séparation d'acquêts, dangereuse pour les tiers et en contradiction avec les principes fondamentaux de notre droit, qu'il ne faut pas bouleverser.

C'est ce qu'ont fait nettement ressortir les rapporteurs en 1894 : « Nous n'avons pas cru devoir attribuer à la
« femme un droit refusé au mari, celui de se constituer
« un patrimoine distinct, qui eût été la négation de la
« communauté légale et eût engendré avec les tiers des
« procès incessants d'une solution difficile et donné
« lieu à des combinaisons frauduleuses pour échapper
« aux justes revendications des créanciers (1). »

D'ailleurs, pour parer à ces douloureuses et malheureusement fréquentes éventualités de chômage ou de maladie, la loi du 9 avril 1881 donne une solution. La femme pourra placer ses économies à la Caisse d'épargne, sans l'assistance de son mari. La loi devrait, je crois, dans le cas spécial qui nous occupe, décider qu'elle pourra retirer les sommes ainsi déposées, sans que le mari puisse faire opposition.

La plupart des législations étrangères — et je ne

(1) *Journal officiel*, 1894. — Chambre, Documents parlementaires.

parle pas de la Russie, de l'Italie, de l'Angleterre, de l'Amérique dont le régime légal est la séparation de biens — ont, depuis quelques années déjà, accompli ces réformes (1). J'espère que la France ne tardera pas à les suivre.

Je ne parle que pour mémoire du projet de M. Cauwès. L'éminent économiste propose de faire poser, aux futurs époux, par l'officier de l'état civil, une question spéciale sur le droit qu'ils entendent réserver à la femme sur les produits de son travail. Si les époux sont d'accord, l'officier de l'état civil en donne acte. Dans le cas contraire la communauté légale ne subit aucune modification.

Je crois que ce système n'apporterait pas un grand changement à la situation actuelle.

(1) Suède, loi du 11 décembre 1874. — Danemark, loi du 7 mai 1880. — Norvège, loi du 29 janvier 1888.

En Allemagne, à côté des biens dont le mari a l'administration et la jouissance, il y a des *biens réservés*, sur lesquels la femme a une entière liberté. Et parmi eux ses salaires et les biens acquis par son travail.

CHAPITRE VIII

MÈRE LÉGITIME

« Les lois, a dit J.-J. Rousseau, toujours si occupées des biens et jamais des personnes, parce qu'elles ont pour objet la paix et non la vertu, ne donnent pas assez d'autorité aux mères. » Ce reproche, adressé avec raison mais sous la forme emphatique chère au xviii^e siècle, n'a pas cessé d'être vrai, même après la promulgation du Code civil. Sans doute le Code a rompu avec nos anciennes coutumes qui, imbues des principes sévères de l'organisation familiale romaine, avaient incarné dans le père tous les droits de la puissance paternelle, sans permettre à la mère d'élever une voix même timide ; néanmoins il a établi sur certains points des différences inexplicables entre le père et la mère et a souvent injustement sacrifié celle-ci.

Nous diviserons ce chapitre en 5 sections.

Section I. — De la mère pendant le mariage.

Section II. — Cas où les conditions du mariage se trouvent exceptionnellement modifiées.

Section III. — De la mère veuve.

Section IV. — De la mère remariée.

Section V. — Mère divorcée.

SECTION I

Droits de la mère pendant le mariage.

Si le père exerce seul, pendant le mariage, la puissance paternelle (art. 373), la mère a incontestablement des droits (art. 371 et 372). C'est cette intervention de la mère, dans l'exercice de la puissance paternelle, qui constitue le contraste si profond entre le *patria potestas* du droit romain et l'autorité du père dans le droit moderne.

Quels sont exactement les droits de la mère ? En cas de conflit, peut-elle élever la voix et a-t-elle le moyen de faire triompher ses idées ? C'est ce que nous allons rechercher.

§ I. — *Droits de la mère sur la personne de ses enfants.*

« Le père et la mère contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

Ainsi s'exprime l'art. 203 du Code civil.

Je n'entrerai pas dans les discussions de détail, engagées sur ce texte, je n'examinerai pas si la jurisprudence a tort ou raison de proclamer solidaire l'obligation imposée par cet art. 203, ni les difficultés relatives

à l'obligation alimentaire de la mère vis-à-vis de ses enfants, et j'aborde de suite l'étude des conflits possibles entre le père et la mère.

La mère peut-elle traduire le père devant les tribunaux si le père ne donne pas d'éducation à ses enfants ?

Marcadé dit non (1). Laurent (2) adopte cette solution et écrit cette phrase célèbre : « Un millionnaire peut faire de son fils un charpentier. » Les art. 373 et 213 Code civil, disent-ils, imposent cette solution.

Je ne crois pas que ce soit là la vérité. Sans doute, il faut respecter l'art. 373 ; mais il faut tenir compte également de l'art. 372. A moins de rayer cet art., il faut bien admettre que la mère a un droit de surveillance et de contrôle. Le père, en ne donnant pas d'éducation à son enfant viole l'art. 203 qui dit : « les époux contractent *ensemble* », c'est-à-dire l'un envers l'autre (3). Pourquoi, dès lors, ne pas permettre à la femme d'obliger le mari à respecter ce contrat ?

D'ailleurs, en admettant — ce qui serait encore à prouver — que la solution de nos adversaires soit plus juridique, elle n'est pas trop contraire à l'équité et au bon sens. Je ne crois pas — et heureusement — qu'on trouve un tribunal en France pour la sanctionner.

Que décider si le mode d'éducation déplaît à la

(1) Marcadé, t. I, art. 381.

(2) Laurent, t. III, n° 41.

(3) Demolombe, t. IV, n° 9. — Aubry et Rau, t. VI, § 547. — Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 285 bis.

mère? « D'un père libre-penseur et d'une mère chrétienne, qui aura raison (1)? »

Le père, sans aucune hésitation : l'art. 373 est formel. Nous avons refusé, dans le cas précédent, cette force à l'art. 373, mais la situation était toute différente. Ici, en dehors de la mère, qui pourrait se plaindre, puisque le père élève l'enfant. Dans le cas précédent et la mère et l'enfant et la Société étaient en droit de se plaindre.

Il a été jugé (2) qu'un père qui abjure a le droit d'entraîner ses enfants, dans sa nouvelle religion, notwithstanding l'opposition de la mère.

Mais dans ce cas la mère pourra considérer les agissements du père comme une injure grave motivant la séparation ou le divorce.

Je crois, d'ailleurs, qu'il faut tenir un grand compte des questions de fait. Tout en tenant compte de l'omnipotence du père créée par l'art. 373, les tribunaux doivent juger suivant l'équité et la justice. Il me paraît bien difficile, par exemple, qu'un père puisse, sans raison, devant l'opposition de la mère, faire élever ses enfants dans la religion bouddhiste ou mahométane.

Droit de garde. — Quant au droit de garde, il appar-

(1) Quant aux clauses du contrat portant que les filles seront élevées dans la religion de la mère, les fils dans celle du père, elles sont absolument nulles (art. 1788).

Sic. Demolombe, t. VI, n° 295. — Aubry et Rau, t. V, § 504.

(2) Affaire Botschy. Orléans, janv. 1836.

tient évidemment au père. Mais je crois que la mère trouve dans l'art. 372 la faculté de faire respecter ses droits et peut s'adresser aux tribunaux pour faire réprimer les abus commis par le père.

C'est d'ailleurs un principe qu'il ne faut pas oublier que la puissance paternelle a été établie dans l'intérêt de la Société et de l'enfant et non dans celui des parents ; c'est cet intérêt qui doit dicter aux tribunaux leurs décisions.

Droit de correction. — La mère n'a pas le droit de correction.

Néanmoins, on peut se demander si l'attribution du droit de garde à la mère enlève au père son droit de correction. Je ne le crois pas ; mais, comme il est à craindre que le père ne se venge de la mère sur la personne de ses enfants, cette dernière pourra toujours élever des protestations et en saisir le Président du tribunal, que le père agisse par voie d'autorité ou de réquisition.

Émancipation. — La mère peut-elle émanciper son enfant ?

Elle ne le peut qu'à défaut du père (art. 477) ; que signifient ces mots ? Les uns (1) disent : c'est seulement après la mort du père. Je crois, au contraire, que la mère pourra émanciper son enfant toutes les fois que le père est dans l'impossibilité légale ou matérielle d'exercer la

(1) Toullier, t. II, n° 1287. — Proudhon, t. II, p. 423.

puissance paternelle. Ce système, adopté par la majorité des auteurs (1), repose sur la généralité des art. 477 et 441 Code civil.

D'ailleurs, qui prendrait cette mesure ? Personne, pas même le Conseil de famille, à qui la loi ne donne ce droit que pour les enfants restés sans père ni mère (art. 478).

L'enfant, une fois émancipé, a besoin d'un curateur, que le Conseil de famille a seul qualité pour nommer (art. 480). La mère peut-elle être nommée curatrice ? Pour ceux qui admettent que le père est *ipso jure* curateur de l'enfant émancipé — et cette opinion ne repose sur aucun texte — la négative est certaine. Si, au contraire, on admet avec la majorité des auteurs (2) que le père n'est pas curateur *ipso jure*, la mère peut être nommée curatrice.

Adoption. — Quant à l'adoption, s'il y a dissentiment, elle est impossible (art. 346).

L'adoption est-elle nulle si l'adopté n'a pas consulté sa mère ? La doctrine est divisée (arg. art. 346). Oui si l'enfant n'a pas atteint l'âge de 15 ans ; je crois qu'elle est valable dans le cas contraire, car, passé cet âge, l'enfant peut être adopté, malgré l'opposition de ses parents.

Consentement au mariage. — « En cas de dissenti-

(1) Demolombe, t. VIII, n° 210. — Aubry et Rau, t. I, p. 541.

(2) Demolombe, t. VIII, n° 242. — Douai, 22 décembre 1863. — Dev. 1863, 2, 43.

ment, dit l'art. 148 *in fine*, le consentement du père suffit (1). » Mais la mère doit être consultée, et l'officier de l'état civil ne pourrait, sans encourir les pénalités des art. 156 Code civil et 193 Code pénal, célébrer un mariage, sans qu'il soit établi que la mère a été consultée.

La mère, qui n'aurait pas été consultée, pourrait certainement en aviser l'officier de l'état civil ; mais pourrait-elle faire opposition au mariage ?

La plupart des auteurs adoptent la négative (2). L'art. 173, disent-ils, est formel. « Le père et à défaut du père, la mère... » Quelle en serait d'ailleurs l'utilité puisque, si elle avait été consultée, le mariage aurait pu être célébré malgré son avis contraire ?

Je crois la solution opposée meilleure.

D'abord l'art. 173, écarte-t-il la mère ? Je ne le pense pas. Ces mots *à défaut du père*, ne signifient pas quand le mari sera dans l'impossibilité juridique ou physique d'exercer ce droit, mais simplement quand le père ne fera pas opposition. Donc ce droit reste entier pour la mère.

On objecte l'inutilité d'une pareille opposition. En fait, elle peut être inexacte. C'est gagner du temps, permettre

(1) La règle est la même pour l'entrée dans une congrégation religieuse.

Décrets du 18 fév. 1809 et 29 fév. 1810.

(2) Demolombe, t. III, n° 39. — Aubry et Rau, t. V, n° 26. — Laurent, t. II, p. 478.

Contrà. — Riom, 3 juin 1817. S. 1818, 2, 44. — Vazeille, t. I, n° 119. — Dalloz, *Mariage*, chap. II, sect. III, n° 93.

à la femme de soumettre ses observations à ses enfants et d'empêcher quelques fois un mariage qui ne présente pas toutes les garanties de bonheur désirables. Puis, elle serait inutile, qu'est-ce que cela prouve ? Les ascendants, bien que les enfants aient 25 ans passés, peuvent faire opposition (art. 173). Cependant cette opposition ne peut avoir aucun effet. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la mère ?

Mais la mère ne peut demander la nullité du mariage.

Aucun texte ne lui accorde ce droit. Qu'on ne nous oppose pas l'art. 182, qui l'accorde à toute personne dont le consentement est requis. Ce n'est pas, en effet, le *consentement* de la mère qui est indispensable ; c'est son *avis*. C'est tout différent (1).

Les actes respectueux doivent être signifiés à la mère par copie séparée. Cela a été jugé et la sanction de ces prescriptions est le droit pour la mère de prévenir l'officier de l'état civil qui ne devra pas célébrer le mariage.

La mère peut-elle demander la nullité du mariage de son enfant entaché d'une nullité absolue ? (bigamie, inceste...)

La plupart des auteurs, sauf Aubry et Rau (2), disent non si le père n'agit pas.

(1) Aubry et Rau, t. V, § 548. — Douai, 12 juillet 1838. — S. 39, 2, 236. — Req. 12 nov. 1839. S. 39, 1, 826. — Req. 12 nov. 1844. S. 43, 1, 246.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 54.

Je ne comprends pas cette solution. Les art. 184 et 191 ne distinguent pas ; ils disent *le père et la mère*. Comment ! le ministère public pourrait agir et s'il plaît au père, pour un motif ou pour un autre de rester dans l'inertie, la mère n'aura pas ce droit ! On dit — et encore la question est très controversée — que le droit de demander la nullité d'un mariage entaché de nullité absolue n'appartient pas concurremment à tous les ascendants, mais aux uns à défaut des autres, suivant le degré de parenté.

Mais est-ce que la mère n'est pas au même degré que le père ? Et je le répète, la loi ne distingue pas.

§ II. — *Droits de la mère pendant le mariage sur les biens des enfants.*

Durant le mariage, c'est le père qui est administrateur légal des biens de ses enfants.

La femme pourrait-elle se faire attribuer cette administration, sous prétexte v. g. que son mari dissipe la fortune de ses enfants ?

Laurent dit non (1). Le père dit-il, en substance, tient ce mandat de la loi. Personne ne peut l'en dessaisir, ni le Conseil de famille à qui aucun texte ne donne ce droit, ni les tribunaux. En effet, qui le saisirait ? Les héritiers ? mais à quel titre ? Ils n'ont qu'un droit éventuel à la succession, or, un droit éventuel ne peut être la base d'une action.

(1) Laurent, t. IV, n° 321.

La doctrine contraire me paraît préférable (1). Le père n'a le mandat d'administrer qu'à la condition d'administrer en bon père de famille (art. 450). Les tribunaux peuvent accorder à la mère le droit de garde. Pourquoi ne lui confieraient-ils pas l'administration légale ? Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour surveiller l'exercice de la puissance paternelle, établie dans l'intérêt des enfants et non des parents. Et ce qui prouve l'exactitude de cette affirmation, c'est que le législateur de 1889 est venu consacrer ce pouvoir discrétionnaire que les tribunaux s'étaient accordé.

Mais l'usufruit légal ne passera jamais à la mère. Si le père est dépouillé de l'administration légale, l'usufruit s'éteindra. L'accorder à la mère c'eût été, en somme, redonner au père tous les pouvoirs. D'ailleurs l'art. 384 s'y oppose.

SECTION II

Cas où les conditions du mariage se trouvent
exceptionnellement modifiées.

§ I. — *Absence.*

Présomption d'absence. — En cas de présomption d'absence, la mère remplace le père dans tous ses droits (art. 141).

(1) Demolombe, t. VI, n° 424 et 425. — Demante, t. II, n° 137 bis. — Valette, t. II, p. 283. — Paris, 15 août 1823. — Cass. 16 octobre 1829. — Dalloz, *Puissance paternelle*, n° 78.

Mais est-ce là une tutelle ? Non répondent presque tous les auteurs. C'est l'exercice de la puissance paternelle (1). Cette solution est très juridique. Donc pas de subrogé tuteur ni d'hypothèque légale.

Aura-t-elle l'usufruit légal ? Je crois que oui (2) car il est la conséquence de la puissance paternelle et la compensation de ses charges.

Duranton (3) partage cette manière de voir, mais il décide que si le mari revient, la femme devra lui rendre ses fruits ! Pourquoi ? On n'en sait rien. La femme, en effet, n'est pas la déléguée du mari ; elle exerce un droit à elle propre, qui n'était que paralysé par la présence du mari.

Que décider pour le droit de correction ? Je crois qu'elle ne pourra l'exercer que sous les conditions imposées par l'art. 381, c'est à-dire avec le concours de deux plus proches parents paternels. En effet, ce ne sont pas les droits du mari qu'elle exerce, mais les siens propres, dérivant de la puissance paternelle et que la présence du mari l'empêchait d'exercer. Or le droit de correction accordé à la mère est régi par l'art. 381.

Pourra-t-elle nommer un tuteur à son enfant par son testament ?

(1) En conséquence elle peut émanciper son enfant et doit consentir à son mariage.

Contra. — Proudhon, t. I, n° 307. *Etat des personnes.*

(2) *Contra.* — Demolombe, t. II, n° 318 ; t. VI, n° 482. — Aubry et Rau, t. V, § 550 *bis*.

(3) Duranton, t. I, n° 521.

Je le crois. On nous oppose l'art. 397 ; mais il est écrit pour le *plerumque fit* et ne s'applique pas à l'absence.

Absence déclarée. — Je crois que la mère continuera à exercer, au même titre, les droits à elle confiés pendant la présomption d'absence. Les art. 141 et 390 commandent cette solution.

Quelques auteurs (1) soutiennent, au contraire, qu'alors il y a présomption de mort et qu'il faut organiser une tutelle. Il est inexact de dire qu'il y a présomption de mort.

Tout ce que nous venons de dire est inapplicable à l'absence de fait, c'est-à-dire à la non-présence du mari, c'est alors le mari qui exerce la puissance paternelle, et si la mère l'exerce, on ne peut la considérer que comme la déléguée du mari et devra suivre ses instructions. Elle ne peut consentir au mariage de ses enfants ; il faudra le consentement du père (2).

§ II. — *Séparation de corps.*

Pendant le procès, la garde des enfants et l'administration reste au mari, à moins qu'il en soit autre-

(1) Demolombe, t. II, n° 336. — Aubry et Rau, t. V, § 160, note 1 et 8.

(2) La jurisprudence en offre un exemple célèbre. La Cour de cassation a annulé après 23 ans un mariage contracté, pendant la non-présence du mari, avec le seul consentement de la mère. Cass. 10 av. 1817. S. 1817, 1, 232.

ment ordonné (art. 267). Ce texte relatif au divorce s'applique à la séparation de corps.

La séparation une fois prononcée, il faut appliquer l'art. 302 Code civ. Aujourd'hui la jurisprudence et les auteurs, sauf M. Laurent (1) sont d'accord.

MM. Aubry et Rau (2) disent que le père qui a *obtenu* la séparation de corps ne pourra jamais être privé au profit de la mère du droit de garde. Si elle est prononcée contre lui, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire.

Je ne crois pas cette opinion exacte et ne vois pas de raison pour ne pas appliquer l'art. 302 à la séparation ; dans tous les cas, qu'on ne dise pas que le divorce brise la puissance paternelle et que, dès lors, l'art. 302, nécessaire pour régler cette situation nouvelle, ne peut être appliqué à la séparation. Il n'est pas exact de dire que le divorce brise la puissance paternelle. Où est le texte qui l'édicte ?

Si l'art. 302 s'applique à la séparation, l'art 303 s'y applique également.

Le droit de garde, confié à la mère, emporte évidemment pour elle le droit d'éducation, sous la surveillance du père (art. 303) (3). Et la mère pourrait, malgré l'opposition du père, aller s'établir dans une autre ville (4). Mais il n'enlève pas au père l'exercice

(1) Laurent, t. III, n° 326.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 494.

(3) Req. 28 fév. 1842. Dalloz, *Puissance paternelle*.

(4) Req. 30 mars, 1859 Dalloz, *Puissance paternelle*.

de la puissance paternelle ; par conséquent, lui seul peut émanciper (1). Son consentement suffit pour le mariage.

Quant à l'usufruit légal, il appartient toujours au père qui conserve la puissance paternelle, bien que la mère ait la garde des enfants. Cette solution est juridique mais choquante, c'est permettre au mari de dissiper les revenus du bien de ses enfants et de faire supporter à la mère les frais de leur éducation.

Séparation de fait. — Quant à la séparation de fait, c'est une situation légalement inexistante. Si le père a les enfants, la mère ne peut en réclamer la garde ; si le père commet des abus, la mère peut en saisir les tribunaux. Ce sont des questions de fait.

§ III. — *Interdiction ou internement du père.*

C'est la mère qui exerce la puissance paternelle. L'art. 372 en effet confie la puissance paternelle à la mère comme au père. Si l'art. 373 en confie l'exercice au père, c'est par crainte de conflits. Or ici les conflits ne sont pas à craindre (2).

(1) Paris, 1^{er} mai 1813. S. 1813, 2, 230.

(2) Demolombe, t. VI, n° 296 ; t. VII, n° 27 ; t. VIII, n° 611 — Laurent, t. IV, n° 262 ; t. V, n° 302 et 303. — Cass., 27 nov. 1816 ; 9 août 1817. — Dalloz, *Interdiction*, n° 164. — *Contra.* — Proudhon, t. II, p. 244.

Demante (t. II, n° 115 bis), soutient que la mère ne pourra exercer la puissance paternelle que sous le contrôle discrétionnaire des tribunaux.

Cette solution est corroborée par un argument *a contrario* tiré de l'art. 149. Cet art. dit que si un des époux est dans l'impossibilité de donner son consentement, celui de l'autre suffira. L'esprit du législateur est donc de donner à la mère l'exercice de la puissance paternelle toutes les fois que le père ne peut jouir de la prépondérance à lui accordée pour des motifs supérieurs.

Que décider si le père, ni interdit, ni interné est privé de sa raison ? Je crois qu'il suffit de présenter une requête aux tribunaux pour faire constater l'aliénation mentale (1).

§ IV. — *Loi du 24 juillet 1889.*

Dans les cas des art. 334 et 335 du Code pénal, avant la loi de 1889, la mère était investie de plein droit de la puissance maternelle. Cela présentait des inconvénients. Aussi la loi de 1889 décida que le ministère public et les parents, jusqu'au degré de cousin-germain peuvent saisir les tribunaux pour décider si la mère sera investie ou non de la puissance paternelle.

Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire.

Si la puissance paternelle n'est pas donnée à la mère, il y a lieu d'organiser une tutelle.

(1) Poitiers, 11 mars 1830. D. 30, 2, 173. — Demolombe, t. III, n° 343. — Laurent, t. II, n° 314. — Aubry et Rau, t. VI, p. 73 note 31.

SECTION III

Mère veuve non remariée.

§ I. — *Ses droits sur la personne de ses enfants.*

Malgré son refus de la tutelle, elle conserve le droit de garde et le droit d'éducation que le mari ni le Conseil de famille ne peuvent restreindre. En effet, cette puissance paternelle, elle la tient de la loi (art. 372) et non du père.

Si elle est enceinte au décès du mari, il doit lui être nommé un curateur au ventre (art. 393), alors même qu'elle aurait d'autres enfants. Il doit administrer le bien du mari et veiller au danger d'une suppression ou d'une supposition de part. A la naissance de l'enfant, la mère est tutrice, le curateur au ventre devient subrogé tuteur.

Le droit de correction est rigoureusement restreint. Elle ne peut l'exercer que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels (art. 381). Les raisons données par Pothier et reproduites par les rédacteurs du Code, me paraissent plutôt faibles. « La faiblesse de leur jugement, dit Pothier (1), le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe empêchent qu'on ne puissent compter sur le jugement de la mère comme sur celui du père. »

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 103.

Quelques auteurs (1) ont refusé à la mère le droit de correction dans le cas où l'enfant n'aurait pas de parents paternels. C'est une erreur et une injustice à l'égard de la mère. Je crois que, dans ce cas, on devra s'adresser à des alliés ou des amis (arg. d'analogie aux art. 409).

En résumé, voici le principe : La mère, par suite du décès de son mari, acquiert l'exercice de la puissance paternelle et tous les droits qui ne lui sont pas enlevés par un texte précis.

§ II. — *Ses droits sur les biens de ses enfants*

Elle est de plein droit tutrice (art. 390) ; mais elle peut refuser la tutelle. Le père peut (art. 391) lui nommer un Conseil, sans l'assistance duquel elle ne pourra faire aucun acte de la tutelle.

Les attributions de ce Conseil ne regardent que l'administration des biens et non les attributs de la puissance paternelle. Il ne peut qu'assister la mère : son consentement est nécessaire, mais il ne peut se substituer à elle.

Quant aux actes faits par la mère sans l'assistance de ce Conseil, ils seront nuls dans tous les cas (2). Quelques auteurs (3), s'appuyant sur l'ancien droit, disent que

(1) Proudhon, t. II, p. 277. — Allemand, *Mariage*, t. II, n° 1391.

(2) Aix, 31 mars, 1840. — Dalloz, *Minorité*, n° 91. — Laurent, t. IV, n° 382.

(3) Aubry et Rau, t. I, p. 364. — Delvincourt, t. I, p. 103.

l'acte sera valable, si les tiers ont ignoré l'existence du Conseil. Mais pourquoi? Ces tiers pouvaient bien se renseigner sur la capacité de la mère comme tutrice.

En cas de dissentiment, la mère a-t-elle un recours contre le *veto* de son conseil?

Certains auteurs disent oui, et le juge d'appel sera le Conseil de famille (1).

Je crois cette opinion très juridique. Puis, je le répète, ces questions doivent s'apprécier moins en droit qu'en équité. Il faut tenir compte de l'intérêt des enfants, base de la puissance paternelle dans notre droit moderne. Cet intérêt exige que la mère ait un moyen de briser des résistances injustifiées, parfois même intéressées. Le Conseil de famille est, je crois, l'autorité toute désignée pour trancher le conflit. Il ne faut pas oublier, en outre, que la mère est tutrice; « qu'elle est responsable de sa gestion et que la responsabilité que pourrait encourir le Conseil ne l'affranchit pas de la sienne propre (2). »

En admettant que la mère survivante et non remariée ne soit pas tutrice, comment concilier son usufruit légal avec le droit d'administration du tuteur?

Plusieurs opinions ont été émises. Les uns préconisent le droit exclusif du tuteur à l'administration sans aucun contrôle de la mère. C'est le tuteur qui est res-

(1) Demolombe, t. VII, n° 95. — Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 12. — Laurent, t. IV, n° 380.

(2) M^{lle} Bilbesco, *Condition légale de la mère*, p. 354. *Thèse*, Paris, 1890.

ponsable de sa gestion et non la mère ; il faut le laisser diriger cette gestion comme il l'entend (1).

D'autres (2) disent : la mère aura l'administration. L'usufruitier, en effet, doit exercer son droit par lui-même (arg. art. 538). Tel est le droit auquel la loi n'a pas dérogé en matière d'usufruit légal.

C'est violer l'art. 450. Aussi je crois que les pouvoirs d'administration se partageront entre le tuteur et la mère. Usufruitière, la mère fera les actes de gestion intéressant son usufruit ; les autres ce sera au tuteur à les faire.

Le père peut-il priver la mère survivante de l'usufruit légal ?

Je ne le crois pas. Où prendrait-il ce droit ? L'usufruit légal est un attribut de la puissance paternelle, la mère tient cette puissance de la loi et non du père et il ne peut cesser pour la mère que dans des cas limitativement déterminés par la loi.

La mère qui refuse la tutelle ne peut pas nommer un tuteur à ses enfants. L'art. 394 lui impose l'obligation de *faire nommer* un tuteur. Et si, *en fait*, elle imposera son choix au Conseil de famille, celui-ci, *en droit*, est libre de ne pas nommer celui que la mère désigne.

(1) Riom, 4 décembre 1841, confirmé par la Cour de cassation 19 avril 1843.

Mais c'est un arrêt d'espèce. La Cour a donné raison au tuteur, parce que la mère était d'inconduite notoire.

(2) *Sic.* Demolombe, I, p. 93, note 6. — Aubry et Rau, IV, p. 609 et 610. — Cassation, 11 nov. 1828.

Peut-elle, toujours dans le cas où elle a refusé la tutelle, nommer un tuteur testamentaire à ses enfants?

La question est vivement controversée (1). L'affirmative est, je crois, la meilleure solution. L'art. 397 ne distingue pas.

SECTION IV

Mère veuve remariée.

§ I. — *Ses droits sur la personne de ses enfants.*

Le principe est le suivant : On ne doit pas présumer de restrictions, mais n'admettre que celles établies par un texte spécial. C'est ainsi qu'elle a le droit de garde, d'émanciper son enfant, de consentir à son mariage. C'est ainsi encore que le premier mari, pas plus que le Conseil de famille (2) ne peuvent diminuer les droits de la mère sur les enfants du premier lit.

Mais le deuxième mari? Il n'a aucun droit. La puissance maritale, en effet, ne peut s'exercer que pour les actes relatifs aux biens ou à la personne de la femme. Or l'exercice de la puissance paternelle de la mère sur les enfants du premier lit, ne rentre pas dans cette catégorie d'actes.

(1) Affirmative. — Duranton, t. III, n° 438. — Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 446 *bis*.

Négative. — Demolombe, t. VII, n° 161 et 163. — Aubry et Rau, t. I, § 400, note 6. — Laurent, t. IV, n° 396. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 293.

(2) La jurisprudence est constante en ce sens.

Sans doute, il est co-tuteur (art. 396). Mais cette co-tutelle ne lui donne des droits que relativement à la gestion des biens, mais non relativement à la puissance paternelle, dont la mère a l'exercice sans contrôle.

La seule modification que le convol fasse subir aux droits de la mère sur la personne de ses enfants, consiste dans la suppression du droit de correction (art. 381), droit qu'elle reprendra, je crois, si elle redevient veuve. Elle aurait cependant, si la tutelle lui a été conservée par le Conseil de famille, les droits accordés au tuteur par l'art. 468, c'est-à-dire de réunir le Conseil de famille et provoquer la détention de l'enfant.

§ II. — *Les droits sur les biens.*

La mère qui se remarie perd de plein droit l'usufruit légal (art. 386). Le père qui se remarie le conserve. Pourquoi cette différence, inconnue dans l'ancien droit (1) ?

C'est Cambacérès (2) qui a fait voter cette innovation : « Le père en se remariant, dit-il, devient le chef de la famille, tandis que la mère, en se remariant, passe dans une nouvelle famille. Ne serait-il pas injuste qu'elle porte dans une autre famille les revenus de ses enfants et qu'elle enrichisse, à leur préjudice, son nouvel époux ? »

(1) Coutume de Paris, art. 268.

(2) Locré, t. I^{er}, p. 322.

Evidemment il y a là un danger. Mais ce danger n'existe-t-il pas aussi en cas de convol du père ? Je le crois et pense qu'il serait sage de supprimer, pour le père également, l'usufruit légal en cas de convol.

La mère remariée continue-t-elle à être tutrice ? L'art. 346 y répond. Elle devra convoquer le Conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. Si oui, le second mari sera forcément co-tuteur et solidairement responsable de la gestion. Les deux époux gèrent ensemble, et s'il y a un conflit, c'est au Conseil de famille à le trancher (1).

Si le Conseil de famille conserve la tutelle à la mère, c'est une tutelle *légale* et non une tutelle *dativ*e. Conséquence : le Conseil de famille ne pourra pas imposer de conditions à la mère (2), car j'admets, avec la jurisprudence, que le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs d'un tuteur datif.

Je crois que le Conseil nommé par le père à la mère conservera ses fonctions.

La mère remariée (art. 400) peut nommer par testament un tuteur à ses enfants ; mais ce choix devra être approuvé par le conseil de famille. Cette disposition est motivée, avec raison je crois, par l'influence fâcheuse que pourrait avoir le second mari sur la mère.

(1) Demolombe, t. VII, n° 436. — Aubry et Rau. t. I, § 99, note 40.

(2) Requête, 3 mars 1853. D. 53, 1, 342. — *Contra*. — Grenoble, 21 juin 1856. D. 56, 2, 277. — Cassation, 5 mai 1856. D. 56, 1, 242.

SECTION V

Mère divorcée.

Après le divorce, les droits de la mère qui, durant le mariage, sont annihilés par ceux du père, sauf le recours devant les tribunaux, deviennent égaux à ceux du père. Donc si les enfants sont confiés à des tiers, le droit de surveillance de la mère est égal à celui du père. Le père n'a plus seul l'exercice de la puissance paternelle, puisque le mariage est dissous.

Il a été jugé que seul le père peut émanciper son enfant, sauf si l'émancipation était frauduleuse et faite pour enlever à la mère la garde de son enfant (1).

Si le divorce est prononcé contre le mari, celui-ci perd l'usufruit légal. La mère l'acquiert-elle ?

On a dit oui. Je ne le crois pas. C'est à titre de peine que la loi, dans ce cas, enlève l'usufruit légal au père. Aucun texte ne le donne à la mère.

Critique. — On peut adresser au Code civil dans sa législation sur la mère plusieurs reproches et de graves reproches.

Assurément il a eu raison de poser, comme principe, que le père seul a, durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle. Il fallait qu'en cas de dissentiment, il y eût une autorité suprême ayant le dernier

(1) Cassation, 4 avril 1863. S. 63, 4, 265.

mot. C'est la loi inévitable de toute société, surtout de la société conjugale ; et cette autorité supérieure revenait de droit au père. Il eût été profondément regrettable, dans l'intérêt des enfants comme dans celui de la bonne harmonie du ménage, de permettre à la mère de soumettre le moindre conflit aux tribunaux, dont les décisions mécontentent toujours un des époux. C'eût été transformer en conflit aigu et parfois sans remède, un dissentiment souvent léger et sans importance. La mère — c'eût été un danger à craindre — aurait souvent saisi le tribunal à la légère et dès le début, au lieu d'essayer de trancher le conflit amiablement et dans l'intimité du foyer.

Sans doute, il est des cas d'abus scandaleux de la part du père. La doctrine et la jurisprudence donnent à la mère, dans ces circonstances, le droit de saisir les tribunaux. Nous avons vu quelles controverses, quelles divergences s'élèvent sur l'exercice et l'entendue de ce droit. Le législateur devrait, à mon sens, intervenir et déciderait que les conflits entre le père et la mère ne seraient jamais portés devant les tribunaux, mais toujours devant un Conseil de famille, dont les décisions seraient revêtues par le juge de paix de la formule exécutoire.

Si la loi a sagement agi de donner en principe la prépondérance au père, il est cependant un cas où cette prépondérance me paraît absolument exorbitante et injustifiée. Je veux parler du consentement au mariage. Pourquoi

cette règle : en cas de dissentiment, le consentement du père suffira ? C'est une disposition injurieuse et blessante pour la mère, dangereuse pour l'enfant, qu'elle met dans la pénible alternative de sacrifier ce qu'il croit être son bonheur ou d'afficher pour sa mère un mépris ou un manque de respect, condamné par les lois morales et la loi civile. Quelle sera la situation du jeune époux dans sa nouvelle famille, où il est entré malgré l'opposition de sa mère. Sont-ce là des garanties de paix, d'union et de bonheur ? Il est permis d'en douter. Et une expérience, malheureusement trop fréquente, est là pour le prouver. Que pour des spéculations financières, la gestion de la communauté, l'avis du père l'emporte ! On le comprend. Mais pour le mariage d'un enfant, cela est incompréhensible. Il serait même plus exact de dire que, sur ces questions, la mère aura plus de finesse, plus de tact, plus de discernement que le père. Ce n'est pas moi qui le dit ; elle est du grand romancier Balzac, cette phrase d'une observation si profonde, d'une psychologie si vraie : « Quand les pères ne savent pas ce qu'ont leurs filles, les mères le devinent. »

Les réformes sont surtout nombreuses et nécessaires en cas de veuvage de la mère. On devrait lui accorder le droit de correction sans réserves. Nous avons vu plus haut la faiblesse des raisons invoquées pour la justification du système de la loi ; nous n'y reviendrons pas. M. Camille Sée, député, a déposé le 7 mai 1880, un

projet de loi relatif à l'extension des droits de la mère et dans son art. 2, il réclame pour elle l'égalité avec le père dans l'exercice du droit de correction. Une autre proposition a été déposée en 1889 par M. Ernest Lefèvre. Comme toutes les réformes utiles, ces projets dorment encore dans les bureaux de la Chambre.

En cas de convol, la mère est privée complètement du droit de correction. Le père peut toujours l'exercer, mais, s'il se remarie, seulement par voie de réquisition. Pourquoi cette inégalité ? L'influence des marâtres n'est-elle pas plus à craindre que celle des seconds pères ? Une loi nouvelle devrait dire que, dans le cas d'un second mariage, la mère et le père pourraient tous deux exercer le droit de correction, mais seulement après l'avis du Conseil de famille.

Le législateur devrait également abroger l'art. 391, qui permet au mari de donner un Conseil à la mère survivantè : il devrait permettre à la femme, en cas de refus de la tutelle, de nommer elle-même le tuteur, au lieu de donner ce droit au Conseil de famille (art. 394).

En cas de convol de la mère, elle doit convoquer le Conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. Rien d'analogue pour le père. Encore une inégalité incompréhensible et absurde ! On devrait étendre cette disposition au père.

Indépendamment des réformes que nous venons de signaler, le législateur devrait trancher, et dans le sens de l'extension des droits de la mère, toutes les contro-

verses examinées dans ce chapitre. Ce sera rendre justice à la mère, dont les droits jusqu'ici ont été méconnus ; ce sera restreindre le procès ; si les avocats s'en plaignent, la société, elle, ne s'en plaindra pas.

En résumé, le reproche que je fais à notre législation c'est de n'avoir pas compris le rôle de la mère, de ne pas avoir eu assez de confiance dans l'amour maternel. Le but, la fin de la femme, on l'a dit souvent, c'est la maternité (1). Le rôle de la mère, dans l'éducation des enfants, est immense, c'est elle, encore plus que le père, qui en fait des hommes. Pourquoi ne trouve-t-elle pas dans la législation, la place que la nature lui assigne dans la famille auprès de ses enfants ?

(1) Il est curieux de voir comment les anciens et les peuples orientaux ont compris cette vérité.

A Rome, la femme, par cela seul qu'elle est mère, appelle plus d'un privilège sur la tête de son mari. S'il est consul, de parler le premier au Sénat, d'aspirer aux magistratures avant l'âge et chaque enfant dispense d'une année.

C'est la maternité qui, à Rome, brisa la tutelle des femmes.

Chez les peuples orientaux, où cependant la femme est méprisée, quand elle enfante, elle prend un prestige inouï. C'est à elle de recevoir les étrangers, si grand honneur chez eux. Le mari ne peut la répudier qu'après dix ans, si c'est une fille ; jamais, si c'est un fils.

CONCLUSION

« Notre législation, dit M. Foucher de Careil (1), paraît être celle d'un peuple de soldats, habitués à traiter la femme comme un butin fait sur l'ennemi. C'est une législation bottée et éperonnée, édictée par les forts et ne se souciant pas assez du droit sacré des faibles. »

C'est résumer, sous une forme aussi pittoresque et saisissante qu'exagérée, les reproches adressés par les féministes à notre Code civil. Sans doute, nous l'avons vu, notre législation sur la femme demande, sur certains points, des réformes (2), mais ce sont des réformes partielles, devant laisser intact le grand principe de l'autorité maritale et de la subordination de la femme.

L'erreur fondamentale du féminisme, c'est l'exagération de l'idée individualiste. Si l'individualisme est

(1) *Bulletin de la société d'économie sociale*, Année 1890.

(2) Nous allons les rappeler : recherche de la paternité admise ; — droit pour la femme d'être tutrice ou membre d'un Conseil de famille ; — extension des droits de la mère légitime ; — capacité complète de la femme séparée de biens judiciairement ; — droit donné à la femme mariée de toucher les produits de son travail ; — nouvelle base à donner à l'incapacité de la femme mariée et par suite modifications à apporter aux règles de l'autorisation maritale.

une doctrine sage en économie politique, parce qu'elle proclame le principe de la non-intervention de l'Etat, c'est une doctrine funeste en morale sociale, où elle conduit à l'utilitarisme, comme en morale particulière, où elle aboutit au sensualisme. Considérer l'individu comme une entité, une abstraction, lui donner un sentiment exalté de ses droits sans lui indiquer nettement ses devoirs, l'isoler de son milieu, société ou famille, le considérer comme centre, comme but, comme fin de tout, c'est marcher sûrement vers l'abolition de toute idée supérieure, de toute contrainte, de toute loi, qu'elle s'appelle religion, société ou mariage. Comme le dit spirituellement M. Lérolle (1), « cela s'appelle peut-être l'humanisme intégral », mais cela ressemble beaucoup à l'anarchie. Voilà l'erreur et les dangers de l'individualisme ; ce sont ceux du féminisme.

Qu'on ne m'accuse pas, cependant, de croire à l'inégalité de la femme. Cette égalité, à laquelle je crois sincèrement, est à la fois physiologique et morale. Les théories de Darwin, de Spencer et de Velpeau (2), en effet, sont aujourd'hui démenties par la science médicale qui a prouvé « l'égalité absolue de valeur des éléments masculins et féminins. »

(1) Lérolle, *op. cit.*, p. 28.

(2) Pour Darwin, l'homme est une femme qui a achevé son évolution.

Pour Spencer, la femme est un homme dont l'évolution a été arrêtée par les fonctions de procréation et de gestation.

Velpeau considérait la femme comme une dégénérescence d'une masculinité primitive.

Leur égalité intellectuelle et morale n'est pas moins certaine. Mais ne concluons pas d'égalité à identité. Sans vouloir faire ici un parallèle, qui nous entraînerait trop loin, entre les qualités de cœur ou d'esprit des hommes et celles des femmes, il est certain « qu'entre les deux sexes, il y a une différence — *je ne dis pas une inégalité* — de constitution physique et morale, qui ne peut être supprimée par le progrès des institutions ou des mœurs et que « les diversités nécessaires de l'homme et de la femme sont dépendantes l'une de l'autre et se valent l'une l'autre. » (1)

Dès lors le problème se résout facilement. Nous ne parlerons pas des femmes hors mariage ; elles ont l'égalité civile ; elles l'auront bientôt, j'espère, sans aucune restriction ni réserves et la question actuellement discutée de l'indépendance de la femme ne se pose pas à leur égard.

Mais dans la famille, il faut un chef, une autorité suprême. C'est un principe incontestable et reconnu par nos adversaires. Chose curieuse, tout en proclamant l'indépendance absolue de la femme, sa liberté d'action complète, sans le contrôle du mari, les féministes donnent à ce dernier l'exercice de la puissance maritale. N'est-ce pas inconciliable, contradictoire ? Je ne comprends pas, je l'avoue, comment fonctionnera cette puissance maritale, quelle sanction y sera attachée.

(1) Fouillée, *Psychologie des sexes*. *Revue des Deux Mondes*, septembre 1893.

Or, un principe dépourvu de sanction, ce n'est pas un principe.

Cette autorité suprême, nécessaire dans le ménage, revient de droit au mari. Le rôle différent de l'homme et de la femme dans la famille, imposé par la diversité — je ne dis pas l'inégalité — de leurs qualités physiques ou morales est là pour le prouver. L'homme est fait pour les luttes extérieures et protéger le foyer ; le tempérament, la douceur et la faiblesse de la femme la destinent à la vie intérieure, à l'intimité du foyer et non à la vie du dehors. Ce ne sont pas là des vérités qui se prouvent. On l'a dit, si l'amour est la joie de la vie de l'homme, c'est la vie même de la femme. Voilà le rôle de la femme. Être épouse, être mère ! N'est-ce pas assez grand, assez noble ? Pourquoi voudraient-elles autre chose ? Sous prétexte d'améliorer la conditions des femmes, n'en faisons pas des hommes et ne leur enlevons pas ce qui fait leur charme, leur honneur, leur force — et aussi notre bonheur : — être femmes.

Ce qui m'inquiète dans le féminisme, c'est le champ forcément illimité de ses revendications. Si, par une méconnaissance totale des aptitudes différentes de l'homme et de la femme, de leur rôle respectif dans la famille, on réclame pour elle l'indépendance civile complète dans le mariage, pourquoi ne demanderait-on pas pour elle l'exercice des professions libérales, la jouissance des droits politiques ou l'accès des fonctions publiques ? De pareilles revendications ont d'ailleurs

déjà vu le jour — et c'est logique. Quelle famille aurons-nous donc alors? Supposons la femme professeur, avocat, médecin, député ou fonctionnaire, s'occupera-t-elle de son intérieur? Il faudrait être fou pour le croire. Le mari, ne trouvant plus dans son foyer le charme, le rayonnement de joie et de bonheur qu'y met la présence d'une femme le désertera : c'est fatal. Quant aux enfants, il leur manquera cette éducation, cette mystérieuse et bienfaisante influence de la mère et ce sont des choses qui ne se remplacent pas. Voyez ce sombre tableau tracé par M. Fouillée (1), des conséquences d'une pareille conception du rôle de la femme : « que les femmes cessent de se donner à leur mari, à leurs enfants, à leur maison, vous verrez des générations sans moralité, l'amour redescendu à l'état d'une brutale satisfaction des sens, la séduction et la prostitution généralisées. »

Les féministes nous disent : cette sujétion, où notre loi place la femme mariée, écarte beaucoup de femmes du mariage. Proclamez sa capacité, son indépendance, les unions libres diminueront et le mariage si battu en brèche, si attaqué, brisé par le divorce si souvent pour des questions d'argent, retrouvera la sainteté et le respect d'autrefois.

C'est enfantin. Si l'on pouvait faire un plébiscite de vieilles filles, combien diraient ne s'être pas mariées

(1) Fouillée, *op. cit.*

pour ce motif? Pas beaucoup, j'en suis sûr. En trouverait-on même une?

On ne saurait nier, évidemment, la crise grave et inquiétante que subit actuellement le mariage, dans toutes les classes de la société (1). On se marie peu; le mariage devient, avant tout, une affaire; il ressemble pour beaucoup, comme le disait spirituellement Alphonse Kan, au volontariat d'un an. On trouve, selon le mot de Buffon, « qu'il n'y a de bon dans l'amour que le côté physique » et l'adultère est excusé comme la révolte légitime contre la loi « contre-nature et anti-physiologique de la fidélité conjugale » (2). Ces mœurs sont indiscutables; elles se reflètent dans la littérature et le théâtre contemporains.

Les féministes se trompent s'ils croient trouver le remède à cette situation en proclamant l'indépendance de la femme; ce serait empirer le mal. Il ne faut pas que la législation vienne consacrer et aggraver cette indépendance funeste que les mœurs donnent à la femme. Le remède, le voici: donner au mari et à la femme une conscience exacte de leurs devoirs, plus encore que de leurs droits; faire comprendre à la femme qu'elle doit se consacrer tout entière à son mari, ses

(1) M. Naquet a dit à la tribune de la Chambre: « Le mariage est un obstacle à la civilisation et au progrès. Tant qu'on le conservera, même avec le divorce libre, il entraînera une *injuste* réprobation contre les concubins. »

(2) Carpentier, *L'Évangile du Bonheur*, — *Mariage*, — *Amour libre*, — *Union libre*.

enfants et son intérieur ; qu'elle doit respecter son mari et lui être soumise ; faire comprendre à l'homme que la raison d'être de son autorité est la protection de sa femme ; que celle-ci n'est pas, comme en Grèce, un simple instrument de plaisir ou que son rôle ne se borne pas, comme pour la matrone romaine, à procréer des enfants, mais qu'elle est son associée et sa compagne, dont les droits sont égaux siens devant la loi morale ; qu'il doit l'aimer et la respecter — et lui obéir, tout en étant son maître.

Que la loi vienne au secours de la femme pour réparer certaines injustices ou lui permettre de se défendre contre les abus d'autorité du mari, rien de plus juste. Mais il faut conserver, dans notre Code, le principe, base essentielle de toute famille qui veut vivre, de l'autorité du mari et de la subordination de la femme.

Le jour où l'on reviendra à ces idées — qui sont peut-être celles d'autrefois, mais qui cependant n'ont pas vieilli et sont les seules capables de fonder une société forte et saine — la question féministe ne se posera plus.

Vu par le Président de la thèse,

Le 4 décembre 1899

FLURER.

Vu, le doyen :

Le 8 décembre 1899

CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer,

Le recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

Le 8 décembre 1899

COMPAYRÉ.

BIBLIOGRAPHIE

- CH. APPLETON : De la situation sociale et politique des femmes dans le droit moderne.
Discours de rentrée des Facultés de Lyon (1892).
AUBRY et RAU : Droit civil, 1869, t. V.
BAUDRY-LACANTINERIE : Précis de droit civil, 1890, t. III.
BENDER : La séparation de biens, régime de droit commun.
Discours de rentrée de la conférence des Avocats, Lyon, 1897.
Mlle BILCESCO : Condition légale de la mère, thèse, Paris, 1890.
BRIDEL : Le droit des femmes et le mariage, opusculé, Genève, 1896.
COLIN DE VERDIÈRE : Des produits de biens des époux, de leur travail, de leur industrie, thèse, Paris, 1897.
COLMET DE SANTERRE : Cours de droit civil, t. VI.
DALLOZ : Répertoire et Supplément. — V^o contrat de mariage.
DUCREUX : Les droits de la femme dans la Société française.
Discours de rentrée de la conférence des Avocats, Paris 1898.
ALEX. DUMAS fils : Préface de la Dame aux Camélias. — Lettre à M. Rivet.
FOUILLÉE : De la psychologie des sexes. — Article dans la revue des Deux-Mondes, septembre 1893.
FRANCK : Philosophie du droit civil, Paris, 1893.
PAUL GIDE : Etude sur la condition privée de la femme.
DE GIRARDIN : La liberté dans le mariage par l'égalité des enfants devant la mère, Paris, 1854.
QUILLOUARD : Traité du contrat de mariage, t. I à IV, Paris, 1888.

HUC : Droit civil italien, Paris, 1868.

JEANDET : Incapacité de la femme, thèse, Paris, 1886.

JONNESCO : Recherche de la paternité, thèse, Paris, 1890.

<i>Journal Officiel</i> :	Chambre	1891	Annexe	1430
	—	1892	—	2152
	—	1893	—	104
	Sénat	1878	—	—
	Chambre	1897	--	2295, p. 215.

LAURENT : Droit civil, t. XXII et XXIII.

LEDUC : La femme et les projets de loi relatifs à l'extension de sa capacité, thèse, Paris, 1898.

LEHER : Droit civil anglais, Paris-Plon, 1890.

— — russe —

LÉROLLE : Capacité de la femme mariée, thèse, Paris, 1898.

LOCRÉ : Travaux préparatoires, t. VII, p. 38 et seq.

MOULEZUN : Capacité de la femme, thèse, Paris, 1880.

SCHOPENHAUER : Métaphysique de l'amour, traduction de M. Burdeau.

STUART MILL : Assujettissement des femmes, traduction Cazelles.

TROPLONG : Droit civil. — Contrat de mariage, Paris, 1851.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

La femme hors mariage.

CHAPITRE PREMIER. — Egalité civile de l'homme et de la femme.	7
CHAPITRE II. — Mère naturelle	20
CHAPITRE III. — Recherche de la paternité	31

DEUXIÈME PARTIE

La femme dans le mariage.

CHAPITRE PREMIER. — Incapacité de la femme mariée . . .	47
CHAPITRE II. — Femme commune en bien ou mariée sous le régime de communauté	62
CHAPITRE III. — Femme mariée sous le régime sans communauté	80
CHAPITRE IV. — Femme dotale	81
CHAPITRE V. — Femme séparée de biens.	98
CHAPITRE VI. — Quel est le meilleur régime légal ?	122
CHAPITRE VII. — Droit de la femme mariée aux produits de son travail	137
CHAPITRE VIII. — Mère légitime	146
CONCLUSION	173

ST-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE SCIENTIFIQUE ET LITTÉRAIRE, BUSSIÈRE FRÈRES
